

LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS EN MASA MEDIANTE “TECNOLOGÍA WEB”: OPCIONES BÁSICAS EN SU REGULACIÓN

*Immaculada Barral Viñals**

I.	INTRODUCCIÓN.....	459
II.	LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS: LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MEDIO	461
	A. <i>La “contratación por vía electrónica”</i>	462
	B. <i>Los diversos niveles de regulación</i>	463
	C. <i>Tipos de contratación por vía electrónica</i>	464
III.	EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN MASA: LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.....	465
	A. <i>Los prestadores de SSI</i>	466
	B. <i>Los servicios de intermediación</i>	469
	C. <i>Los proveedores de contenido</i>	470
	D. <i>Los destinatarios del servicio</i>	471
IV.	EL CONTRATO MEDIANTE “DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS” O MEDIANTE TECNOLOGÍA WEB	473
	A. <i>La oferta en los contratos mediante tecnología web: la oferta tácita en línea</i>	473
	B. <i>La información previa: la generalización de los requisitos de protección al consumidor</i>	477
	C. <i>La aceptación inequívoca: los contratos click</i>	481
	D. <i>La información posterior al contrato: el acuse de recibo de la aceptación</i>	483
V.	EL CONTRATO ELECTRÓNICO INDIVIDUAL: CONTRATO POR CORREO ELECTRÓNICO O TÉCNICA EQUIVALENTE	484
VI.	A MODO DE CONCLUSIÓN.....	485

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día es frecuente la adquisición de bienes y servicios a través de Internet, así como el uso de servicios de información de lo más variado en la red. Las cifras de negocio son impactantes: sólo para España, el Observatorio Nacional para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (“ONTSI”) en su estudio de 2009 indica que en el año 2008,

* Immaculada Barral Viñals- Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. Este texto fue entregado a la editorial en enero de 2014. Con posterioridad ha sido aprobada la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por lo que se han actualizado las citas entre ambos textos.

las transacciones por Internet supusieron 5.362 millones de euros y que un 58,3% de la población mayor de 15 años lo usa y el volumen total de compradores por este medio es de 8,9 millones.¹ Por su parte, el Informe Anual de los Contenidos Digitales en España 2011, además de desglosar el incremento por sectores de contenidos en Internet da una cifra importante: El 91,5% de la población española consume contenidos digitales a través de Internet o mediante un dispositivo electrónico no conectado a la Red.²

Este fantástico mercado de bienes y servicios supone un nuevo canal de transacciones contractuales que no genera exactamente una nueva forma de celebración de contratos, pero a la que debe darse una respuesta jurídica, especialmente en el ámbito de las relaciones que se crean entre los llamados “prestadores de servicios de la sociedad de la información” y los “destinatarios” de este tipo de servicios.³ Estas categorías configuran lo que en el entorno europeo supone el “contexto” de la contratación electrónica en masa.⁴ En efecto, la Ley española 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico (“LSSICE”) es la ley fundamental en la materia que estamos estudiando y supone la incorporación de la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico (en adelante, “DCE”)⁵ de forma que, lo que a continuación se dirá, aunque basado en la ley española, responde a una voluntad común de regulación de la contratación electrónica en todo el ámbito de la UE.⁶

Por ello, empezaremos por tratar el concepto de contratación electrónica, para pasar luego al más restringido de contratación electrónica en masa. Esta contratación en masa está caracterizada por la aparición de dos nuevos actores: los prestadores de servicios de la sociedad de la

1. *La Sociedad en Red*, Informe Anual de la Sociedad de la Información en España 2008 (Edición 2009), OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (“ONTSI”), at 22, 144, *disponible en* http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/1259679987210_0_0_0.pdf (última visita 22 de febrero de 2014).

2. *Industria y Hábitos De Consumo*, Informe Anual de los Contenidos Digitales en España, OBSERVATORIO NACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN (“ONTSI”), at 7, *disponible en* http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/1259679987210_0_0_0.pdf (última visita 6 de octubre de 2013).

3. *Ver* Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en lo sucesivo LSSICE), Anexo (c)-(d) (B.O.E. 2002, 166) (España).

4. *Ver generalmente id.*

5. *Ver generalmente id.* en Exposición de Motivos I-IV; *ver generalmente* Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, 2000 O.J. (L178) [en lo sucesivo DCE].

6. *Ver* LSSICE, en Anexo (c)-(d) (B.O.E. 2002, 166).

información (“PSSI”) y los destinatarios del servicio, a los que dedicaremos el epígrafe 2. Trataremos, luego, aspectos básicos de la contratación electrónica en masa en el epígrafe 3, especialmente como se adaptan al nuevo canal de contratos, los conceptos tradicionales de oferta y aceptación. Finalmente, nos referiremos al régimen especial de los contratos por intercambio de correo electrónico, como tipo de contrato individual, que la ley regula por excepción.

II. LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS: LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MEDIO

El electrónico es un nuevo soporte para contratar, aunque su resultado, el contrato, equivale al contrato presencial, aunque esté realizado de forma distinta. En este sentido, la terminología utilizada por la LSSICE, “*contratación por vía electrónica*,” indica que la opción del legislador, aunque quizás de forma inconsciente, ha sido considerar que la realización de contratos mediante equipos electrónicos no crea una nueva categoría contractual.⁷ En efecto, los medios electrónicos ofrecen simplemente un nuevo cauce para los acuerdos contractuales que genera una normativa ad hoc por la especificidad del medio: los contratos electrónicos son contratos llevados a cabo mediante un nuevo soporte. Por ello, la ley enuncia el principio de equivalencia funcional, es decir, la capacidad para generar efectos de las declaraciones realizadas por medios electrónicos, cuyo contenido, a pesar de la rotundidad de sus palabras, es negativo: Indica que no puede alegarse el nuevo soporte para negar eficacia a una declaración de voluntad realizada por este medio.⁸ Así, el principio de equivalencia es aquel mecanismo que permite adaptar las especificidades que los contratos electrónicos plantean en el entramado conceptual que rige los principios clásicos sobre la contratación.⁹

En realidad, el artículo 23.1 párrafo 1.º LSSICE se relaciona estrechamente con lo que dispone el art. 23.2 LSSICE, es decir, la no necesidad de acuerdo previo para el uso de los medios electrónicos que permitirían a una de las partes alegar la ineficacia del contrato.¹⁰ Esta previsión acerca del acuerdo previo de la partes sobre la utilización de este soporte es, sin embargo, prescindible, al menos en los casos de contratación en masa. En efecto, las categorías de oferta contractual y aceptación que producen la perfección del contrato se adaptan sin problemas a la

7. *Ver id.* en Exposición de Motivos IV.

8. *Id.* en art. 23.

9. *Ver generalmente* Immaculada Barral Viñals, *La “Contratación por Vía Electrónica”: Adaptación del Marco Jurídico Mediante los Principios de Equivalencia*, en 1 ESTUDIO DE DERECHO DE OBLIGACIONES: HOMENAJE AL PROFESOR MARIANO ALONSO PEREZ 107, 107-124 (2006) (España).

10. *Ver* LSSICE, art. 23.1, 23.2 (B.O.E. 2002, 166).

contratación electrónica, entendiendo que el oferente es quien gestiona una página web con contenido comercial o quien ofrece productos y servicios mediante correo electrónico o en un chat.

A. La “contratación por vía electrónica”

La LSSICE no es excesivamente precisa a la hora de tratar lo que puede entenderse como contrato realizado por medios electrónicos, pues mientras se refiere al “comercio electrónico” en el título, tanto la Exposición de Motivos¹¹ como el articulado se refieren a la “contratación por vía electrónica” o directamente a su resultado: los “contratos formalizados por vía electrónica” o simplemente, a los “contratos electrónicos.”¹² Por oposición a la noción de comercio electrónico, la idea de contratación electrónica parece más limitada, ya que sólo se referiría a aquellos intercambios electrónicos en los que se realizara un contrato, mientras que comercio electrónico englobaría también todos los aspectos previos: publicidad, oferta, etc., y los de ejecución del contrato y servicios postventa. De todas formas, al igual que en la vida real, la contratación también incluye la formación y los tratos preliminares, aunque luego no haya acuerdo, es una pura cuestión terminológica.

Así, según el apartado h) del Anexo de la LSSICE, el contrato electrónico es “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.”¹³ Según esta definición, la noción de contrato electrónico depende de que se den cumulativamente los dos requisitos que la definición menciona, es decir que la oferta y la aceptación se transmitan por equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, y que estén conectados a una red.¹⁴ Por lo que respecta al primer requisito, los equipos deben ser capaces no sólo de transmitir, sino también de archivar datos y permitir su procesamiento, por ello, se excluyen de la normativa sobre contratación electrónica los contratos concluidos por fax.¹⁵ En cambio, esta definición incluye gran variedad de medios electrónicos y, así, se refiere a los acuerdos contractuales que puedan llevarse a cabo mediante la consulta de páginas web, los que se realicen mediante el intercambio de declaraciones de voluntad por correo electrónico, aquellos realizados durante la conexión

11. Id. en Exposición de Motivos II.

12. Id.

13. Id. en Anexo (h).

14. Id.

15. LSSICE, Anexo (a) (B.O.E. 2002, 166).

a un fórum de diálogo o chat o mediante audio o videoconferencia.¹⁶ También afecta a la prestación de consentimiento mediante teléfonos móviles de tercera generación (tecnología wap), o mediante televisión digital interactiva.¹⁷ Además, deberíamos añadir a este tipo de contratación los medios electrónicos tradicionales, como el teléfono o el telégrafo.

B. Los diversos niveles de regulación

Este amplio concepto de contrato electrónico es general, en el sentido de que en él tienen cabida tanto los contratos entre empresarios como aquellos que se realizan entre particulares. Así, podemos distinguir tres grandes categorías: contratos entre empresas (“B2B, Business to Business”), que se usan especialmente para relaciones de distribución; contratos entre empresa y consumidor (B2C, “Business to Consumer”); y contratos entre consumidores (C2C o P2P, “Consumer to Consumer” o “Person to Person”).¹⁸ Todos ellos son contratos por vía electrónica y la regulación que realiza la ley es homogénea. En efecto, la LSSICE supone el inicio de la regulación sectorial que aborda el problema jurídico de las transacciones contractuales en Internet de forma tendencialmente global, aunque ello no signifique la existencia de un único régimen jurídico para los contratos electrónicos, como después tendremos ocasión de puntualizar. En ella, y en la DCE de la que trae causa, se adaptan las normas tradicionales de la contratación al nuevo medio y se resuelven los problemas específicos que este crea: la forma de las declaraciones de voluntad, la admisibilidad de ofertas y aceptaciones tácitas y la aceptación realizada mediante declaraciones tácitas de voluntad, entre otros.

Además de las normas que abordan el fenómeno de la contratación electrónica de forma sectorial, también se aplica a la contratación electrónica la legislación finalista de protección al consumidor. En efecto, el hecho de que una de las partes que intervienen en la contratación electrónica pueda ser calificada como consumidor, de acuerdo con el art. 3.1 TRLGDCU “personas físicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”¹⁹ comporta la aplicación de toda la

16. *Ver id.*

17. *Ver id.*

18. EDUARDO GAMERO CASADO & JULIÁN VALERO TORRIJOS, *La ley de administración electrónica: comentario sistemático a ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos* (Aranzadi eds., 3ra ed. 2007).

19. R.D.L. 1/2007, Por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias, art. 3 (B.O.E. 2007, 287) (España) [en lo sucesivo TRLGDCU]. Ciertamente, no existe un único concepto legal de consumidor, ya que a menudo, las normas acotan su propio ámbito de regulación, así, el propio TRLGDCU mantiene

normativa de Derecho del consumo; y tales normas deben ser calificadas de finalistas ya que tienden a ofrecer al consumidor las herramientas necesarias para restablecer el equilibrio contractual. La interrelación entre las normas sectoriales y las finalistas es más intensa por el hecho de que la contratación electrónica debe considerarse contrato a distancia. En efecto, la contratación por vía electrónica se celebra sin la presencia física simultánea de las partes y con una técnica de negociación a distancia, que son los requisitos para la aplicación de la Directiva de contratos a distancia, plasmada en los arts. 92 ss TRLGDCU.²⁰ No existe, sin embargo, colisión de normas, ya que la LSSICE dispone que toda la legislación en materia de protección al consumidor debe entenderse incorporada a la contratación electrónica en cuanto le sea aplicable.²¹ Esta relación entre normativa sectorial y finalista significa, por ejemplo, que deba aplicarse toda la normativa acerca de condiciones generales de la contratación.

C. *Tipos de contratación por vía electrónica*

La LSSICE regula el proceso de contratación por vía electrónica en los arts. 23 ss. donde se distingue dos tipos distintos de contratación: la contratación “mediante correo electrónico o medios equivalentes”²² y la llamada “contratación por dispositivos automáticos.”²³ En realidad, el régimen de los arts. 23 y ss. está pensando mayoritariamente en este segundo tipo, en lo que a menudo se denomina contratos mediante tecnología web; sólo por excepción, la ley contempla en los artículos 27 y 28 algunas especialidades para los contratos que, siendo electrónicos, no se realizan mediante tecnología web, sino mediante intercambio de correos electrónicos o técnicas equivalentes.²⁴

La expresión “contrato mediante dispositivos automáticos” se encuentra en la DA 4 de la ley, en la que se modifica el artículo 1262 Código Civil, al hablar de la formación del contrato entre ausentes, donde la DA 4 añade un tercer apartado que se dedica a este tipo de contrato.²⁵ Por

conceptos distintos en los libros III, responsabilidad, y el libro IV, viajes combinados, con todo, la idea básica de quien es consumidor, puede entenderse en los términos del art. 3.

20. *Ver generalmente* TRLGDCU, tit. III, cap. I, art. 92 (B.O.E. 2007, 287); *ver generalmente* Directiva 7/97, de 20 de mayo de 1997 Relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos a Distancia, 1997 O.J. (L 144).

21. *Ver* TRLGDCU, tit. III, cap. I, art. 92 (B.O.E. 2007, 287); *ver* LSSICE, art. 23.1(2) (B.O.E. 2002, 166).

22. LSSICE, art. 27.2(b), art. 28 (B.O.E. 2002, 166).

23. Barral, *supra* nota 9, en 113.

24. *Ver generalmente* LSSICE, art. 23, 27-28 (B.O.E. 2002, 166).

25. *Ver id.*; *ver* CÓDIGO CIVIL art. 1262.3 (España).

ello, en realidad, esta terminología existe en el Código Civil y no en la LSSICE, que es el texto que incorpora la modificación del 1262.3.²⁶ Sin embargo, cuando se lee detenidamente la regulación de los contratos electrónicos, se observa claramente que la regulación general está pensada para contratos realizados mediante los mecanismos técnicos presentes en una página web. En ellos, como veremos, aparece claramente dibujada una forma especial de realizar los contratos electrónicos caracterizados por el hecho de que el consentimiento se presta de forma tácita y, a menudo, sin intervención humana, es decir, mediante dispositivos automáticos. Son estos contratos mediante dispositivos automáticos, que también se denominan contratos “mediante tecnología web,” la esencia de la contratación electrónica en masa.²⁷ En efecto, son contratos generados en el entorno web y que van dirigido a una generalidad de potenciales contratantes, por ello es el esquema que conviene a la contratación electrónica en masa.²⁸ Su importancia radica en que la LSSICE lo toma como tipo básico y a él se refiere también las categorías de prestador de servicios de la sociedad de la información y de destinatario del servicio que enmarcan esta contratación en masa. Analizaremos estos nuevos actores en el siguiente epígrafe, para pasar luego a la regulación de la contratación electrónica en masa y, al final del texto, se detallarán las especialidades del llamado contrato por correo electrónico o medios equivalentes.

III. EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN MASA: LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La LSSICE regula dos aspectos distintos, por una parte, los Servicios de la Sociedad de la Información (“SSI”), junto con el estatuto de sus prestadores (“PSSI”); y por otro, la contratación electrónica, pero ambos conceptos no coinciden. En efecto, es posible hallar supuestos de contratos materialmente electrónicos, según la definición propuesta en el epígrafe 1, que escapen del ámbito de aplicación de la LSSICE, según la letra a del Anexo por el hecho de no ser SSI.²⁹ Pero precisamente por ello, es necesario analizar que sea un SSI, para distinguir ambas categorías y diseñar el ámbito de legislación que corresponde a cada una ya que, como hemos dicho, la regulación de la contratación electrónica es más general; y, en definitiva, el concepto de SSI nos emplaza en el ámbito de la contratación en masa que es una parte importante de las transacciones en

26. *Id.*

27. *Id.*

28. *Id.*

29. *Ver* LSSICE, Anexo (a), (c) (B.O.E. 2002, 166).

red. Por ello empezaremos por el concepto de SSI que supone el contexto de las transacciones en red. Por otra parte, y en correspondencia, la propia LSSICE incluye el concepto de “destinatario del servicio” al que también dedicaremos nuestra atención.³⁰

A. *Los prestadores de SSI*

El concepto de servicio de la sociedad de la información se define en la letra a del Anexo de la LSSICE, donde la letra a del anexo los define como:

[T]odo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.³¹ El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.³²

Esta definición recoge la que se realiza en la DCE, que a su vez, recoge la definición propuesta por la llamada “Directiva de Transparencia.”³³ Los puntos a destacar en este concepto, siguiendo a Peguera Poch, son cuatro.³⁴

En primer lugar, debe tenerse presente que la remuneración no es un aspecto básico ya que los servicios pueden ser remunerados o no, pero deben constituir una actividad económica por parte del prestador. Se observa, pues, claramente, como la LSSICE excluye la necesidad de remuneración en la definición del SSI, pero debe relacionarse con la segunda parte del concepto, se trata de un SSI si es de prestación gratuita pero constituye una actividad económica para quien lo organiza.³⁵ Así, lo que determina que estemos ante un SSI es el hecho de si la prestación de estos servicios se ejerce en el marco de una actividad empresarial por

30. *Id.* en Anexo (d).

31. *Id.* en Anexo (a).

32. *Id.*

33. Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se Establece un Procedimiento de Información en Materia de las Normas y Reglamentaciones Técnicas Modificada por D98/48/CE, 1998 O.J. (L 204) art 1.2 [en lo sucesivo Directiva 98/34/CE]; *ver* DCE, *supra* nota 5, en art. 2(d).

34. MIGUEL PEGUERA POCH, LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET 80 (Comares ed., 2007).

35. *Ver* LSSICE, Anexo (a) (B.O.E. 2002, 166).

parte del prestador.³⁶ En cambio, la forma como el servicio se presta ante el cliente, es decir, con remuneración directa y a su cargo o no, no es un elemento del concepto de SSI.³⁷ Ahí está la clave aunque el servicio sea gratuito para el cliente, si forma parte de la actividad normal de la empresa, será considerado un SSI y estará sometido a la LSSICE.³⁸ La gratuidad incluye en la categoría de los SSI servicios como páginas de compra colectiva, buscadores especializados, páginas de información, organización de contratos entre particulares (contratos “peer to peer”, P2P), entre otros muchos.³⁹ Este es el dato para entender la explosión de nuevas modalidades de contratos en red en los que no se prestan a cambio de una remuneración directa del cliente que los usa, sino que el modelo de negocio depende de otros ingresos, como los publicitarios.⁴⁰

En segundo lugar, debe tratarse de servicios prestados a distancia.⁴¹ La LSSICE no incorpora una definición propia de lo que deba entenderse por este tipo de servicios. Sí lo hace la Directiva sobre Transparencia son servicios prestados a distancia aquellos en los que las partes no están presentes de forma simultánea.⁴² La idea de servicios prestados a distancia es básica ya que, aunque se establezcan relaciones por medios electrónicos, no se tratará de SSI si implican la presencia física de las partes, así, los tratamientos médicos con presencia física del paciente, la reserva de billetes de avión, ordenadores hecha en una agencia, etc.⁴³

En tercer lugar, debe tratarse de servicios prestados por “vía electrónica.”⁴⁴ La noción de servicio prestado por vía electrónica se obtiene nuevamente de la Directiva sobre Transparencia, cuyo art. 2.1 indica que es

36. *Id.*

37. *Id.*

38. *Id.*

39. *Id.*

40. LSSICE, Anexo (a) (B.O.E. 2002, 166). Para clarificar este elemento, la propia EdM, LSSICE, par. 2 indica que se acoge “un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador”.

41. Directiva 98/34/CE, *supra* nota 46.

42. *Id.*

43. *Id.* en Anexo V.1.

44. Directiva 98/34/CE, *supra* nota 46.

“un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético.”⁴⁵ Así, se observa que la información debe transmitirse mediante equipos capaces de tratar y almacenarla, y debe indicarse que hay ciertos servicios que, a pesar de prestarse por medios electrónicos no se consideran SSI.⁴⁶ Son los servicios prestados por telefonía vocal, fax o télex.⁴⁷

En cuarto lugar, debe tratarse de servicios canalizados a petición individual del destinatario.⁴⁸ Este elemento distingue los SSI de los servicios de radiodifusión televisiva o radiofónica que no son considerados SSI, precisamente porque no existe esta demanda individual.⁴⁹ Con todo, existe una evidente relación entre algunos contenidos audiovisuales que son ofrecidos por los servicios televisivos y que se ofrecen a demanda y los SSI dedicados a estos mismos contenidos. La LSSICE partía de la idea clara de un trato conjunto de todos los SSI, de forma que incluía entre ellos a los servicios de video por demanda o cualquier petición individual de contenidos audiovisuales.⁵⁰ Sin embargo, la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual ha regulado con carácter sectorial los contenidos audiovisuales ya sean los propios de la radiodifusión televisiva (servicios audiovisuales lineales), o lo que se ha dado en llamar servicios audiovisuales no lineales que se integraban en los SSI.⁵¹ La transposición de la Directiva citada en España mediante ley 7/2010 ha comportado a modificación del anexo de la LSSICE en el sentido de que el vídeo a demanda o el suministro individual de contenidos audiovisuales deja de considerarse SSI a los efectos de esta ley.⁵² De esta forma, la regulación sectorial de los contenidos audiovisuales rompe la unidad prevista en

45. *Id.*

46. *Id.*

47. *Id.*

48. *Id.*

49. Directiva 98/34/CE, *supra* nota 46.

50. *Id.*

51. *Ver* Directiva 2010/13/UE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 Sobre la Coordinación de Determinadas Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros Relativas a la Prestación de Servicios de Comunicación Audiovisual, 2010 O.J. (L 95) [en lo sucesivo Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual].

52. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (B.O.E. 2010, 79) (España) [en lo sucesivo GCA].

relación a los SSI.⁵³ Desde la ley 7/2010, los SSI de contenidos audiovisuales tienen una regulación especial.⁵⁴

B. *Los servicios de intermediación*

La LSSICE no regula todos los aspectos jurídicos de los SSI, se limita a dar ciertas pautas a las que vamos a referirnos de forma rápida. Los PSSI son las empresas que proveen estos servicios. La LSSICE regula su estatuto: no están sujetos a autorización previa para iniciar sus actividades.⁵⁵ Además, el control de su actividad se realiza en origen, mediante la noción de establecimiento permanente que ofrece el art. 7 LSSICE.⁵⁶ Esta idea pretende vincular una actividad tendencialmente global a un país en concreto a cuya legislación se somete. También se determinan ciertas limitaciones a la prestación del servicio en función de algunos intereses generales.⁵⁷

- 1) Seguridad y orden público,
- 2) Salud pública, dignidad de la persona, protección de la juventud, y,
- 3) últimamente, también en función de la defensa de la propiedad intelectual.

Como ya hemos indicado, la LSSICE tiene una definición amplia de SSI que es capaz de comprender servicios muy diversos.⁵⁸ Con todo, identifica a un tipo específico de SSI, a los que además somete a un régimen especial, que son los llamados servicios de intermediación.⁵⁹ Estos servicios son SSI pero tienen como característica básica su carácter de intermediarios entre los destinatarios del servicio y los PSSI que podemos identificar como proveedores de contenido.⁶⁰ En efecto, los servicios de intermediación favorecen los aspectos técnicos de la prestación del servicio y la LSSICE los define como “servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.”⁶¹

53. *Ver id.*

54. *Id.*

55. LSSICE, art. 6 (B.O.E. 2002, 166).

56. *Id.* en art. 7.

57. *Ver id.* en art. 8.

58. *Id.* en Anexo (a).

59. *Id.*

60. LSSICE, Anexo (b) (B.O.E. 2002, 166).

61. *Id.*

Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet (operadores de telecomunicaciones), la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios (servicios de caching), el alojamiento en los propios servidores de datos (servicios de hosting), aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet (portales y motores de búsqueda).⁶² Por su posición como intermediarios, se les exige unos deberes especiales de colaboración en el control de contenidos para aplicar las eventuales restricciones⁶³ y de informar sobre la seguridad de las comunicaciones electrónicas, además del deber de retención de los datos de tráfico.⁶⁴ Además, y de forma significativa, estos PSSI es que están sometidos a un régimen especial de responsabilidad⁶⁵ que contiene ciertos supuestos de exoneración debido al papel eminentemente técnico que este tipo de PSSI realizan en muchos casos, a los que no se puede hacer responsables de la circulación de contenidos.⁶⁶ Así, este tipo de PSSI quedan al margen de las relaciones jurídicas contractuales entre los PSSI de contenido, a los que nos referiremos a continuación y los destinatarios del servicio.

C. *Los proveedores de contenido*

Por oposición a los prestadores de servicios de intermediación, se encuentran los proveedores de contenidos; estos son los que realizan directamente las labores de ofrecimiento de bienes y servicios en línea que pueden generar los diversos tipos de contratos electrónicos.⁶⁷ La LSSICE realiza una clasificación de este tipo de servicios que engloba los de contratación de bienes o servicios por vía electrónica; los de organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; los de gestión de compras en la red por grupos de personas; y los de envío de comunicaciones comerciales y de suministro de información por vía telemática.⁶⁸

62. *Id.*

63. LSSICE, art. 8, art. 11 (B.O.E. 2002, 166).

64. LSSICE (B.O.E. 2002, 166).

65. *Id.* en art. 13, 17.

66. BUSTO LAGO, J.L., *La Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información*, en TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL, 973- 1123 (Thomson-Aranzadi ed., 4ª ed. 2008); POCH, *supra* nota 47, en 120.

67. *See* LSSICE (B.O.E. 2002, 166).

68. *Id.* en Anexo (a) (B.O.E. 2002, 166).

De esta forma, la ley da entrada a toda una serie de modelos de servicios en red que considera sometidos a sus prescripciones y, en concreto, a los preceptos sobre contratación electrónica. Con todo, el elemento central de este concepto es, nuevamente, el de actividad económica ya que la letra (a) del anexo LSSICE indica que no será SSI el intercambio de correo electrónico, si no genera actividad económica para una de las partes. Así definidos, los SSI están llamados a formar una parte importante de los contratos electrónicos, ya que muchos de los contratos electrónicos se darán entre estos PSSI que ofrecen servicios en línea y los que acceden a ellos y la LSSICE denomina como “destinatarios del servicio.”⁶⁹ Con todo, es de observar que los SSI exceden el concepto clásico de adquisición de bienes y prestación de servicios típicos en el mundo presencial, pues ya se perfilan otro tipo de SSI basados en el esquema P2P, las subastas on-line, por ejemplo; o los portales de compra colectiva que están en pleno auge en la actualidad. También debemos llamar la atención acerca del hecho de otros tipos de SSI basados en el envío de comunicaciones comerciales y con ingresos directos por la publicidad, o el suministro de información que puede ser de entrada gratuita, pero también con ingresos importantes por publicidad.

D. Los destinatarios del servicio

Quien contrata con un PSSI, especialmente, en su modalidad de proveedor de contenido, es lo que la LSSICE califica como “destinatario del servicio.”⁷⁰ La LSSICE los define en la letra d) de su Anexo como “la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales un servicio de la sociedad de la información.”⁷¹

Esto significa que el concepto de destinatario del servicio se obtiene por contraste con el de PSSI que identifica a la contraparte en las transacciones con ellos.⁷² En este sentido, resulta aún más clarificador el art. 2 d) de la DCE que define el destinatario del servicio como: “Cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible.”⁷³

Podemos destacar dos características básicas en este enunciado, en primer lugar, se trata de un concepto general que prescinde de la categoría

69. *Id.* en Anexo (a), (d).

70. *Id.* en Anexo (d).

71. *Id.*

72. *Ver* LSSICE, Anexo (d) (B.O.E. 2002, 166).

73. DCE, *supra* nota 5, en art. 2(d).

de empresario o no del destinatario del servicio ya que incluye todas las personas físicas o jurídicas que los utilicen; en segundo lugar, comprende todo usuario que entra en contacto con el prestador del SSI y establece relaciones jurídicas con él, ya que usa del servicio.⁷⁴ En cambio, excluye aquellos sujetos a los que el SSI va potencialmente dirigido, pero que no usan de él.⁷⁵

El destinatario del servicio no es necesariamente el adquirente de los bienes o servicios que el PSSI ofrece, esto trazaría una distinción entre el contratante/adquirente y el mero usuario que visita pero no entable relaciones contractuales de adquisición de bienes y servicios en las páginas dedicadas al comercio en este sentido.⁷⁶ Con todo, a la luz de algunos modelos de negocio, no puede decirse que este destinatario no adquirente no tenga ninguna relación contractual con el PSSI a pesar de que no adquiera bienes o servicios directamente, ya que las páginas de información, por ejemplo, pueden suponer la aceptación de condiciones de uso en lo que se ha dado en llamar “browse-wrap agreements” en los que el visitante de una página web está aceptando ciertas condiciones de uso de la página, que pueden incluir cesión de sus datos personales, sin que quizás sea consciente de ello.⁷⁷ Además del problema que representa en lo que se refiere a tratamiento de datos personales (aspecto en el que no podemos entrar), el destinatario del servicio es cualquiera que entra en contacto con un SSI, adquiera o no un producto.⁷⁸ Ello significa que la mera visita de páginas web puede estar suponiendo la relación de relaciones jurídicas con un PSSI.⁷⁹ Precisamente el concepto amplio de SSI que acoge la ley pretende hacer aplicable el estatuto de prestador a todos aquellos que ofrezcan un SSI, del tipo que sea.⁸⁰ Por esta misma razón, las categorías de destinatario del servicio y consumidor no coinciden. Será consumidor aquél destinatario del servicio que, además, cumpla con los requisitos del art. 3 del TRLGDCU que los define como “persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.”⁸¹ Como ya hemos visto en la sección II(c) de este artículo, cuando un

74. *Ver id.* en art. 2.

75. *Id.*

76. *Ver generalmente* Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, *Las Condiciones de Uso de los Sitios Web y los Browse-Wrap Agreements*, 2 CONTRATTO E IMPRESA/ EUROPA, 2009, en 849-69.

77. *Id.*

78. *Id.*

79. *Id.*

80. *Contra* MORO ALAMARAZ, M.J., *Servicios de la Sociedad de la Información y Sujetos Intervinientes*, en AUTORES, CONSUMIDORES Y COMERCIO ELECTRÓNICO 134, 134 (Coley eds., 2004).

81. TRLGDCU, art. 3 (B.O.E. 2007, 287).

consumidor interviene en un contrato electrónico, debemos aplicar su propia normativa protectora, especialmente aquella que se refiere a la contratación a distancia, además de la normativa de la LSSICE.⁸² En cambio, la noción de destinatario del servicio es más amplia, ya que se refiere a cualquier persona contratante, sea consumidor o no.

En definitiva, las categorías de PSSI, especialmente en la categoría de proveedor de contenidos, y los destinatarios del servicio, enmarcan los contratos electrónicos en la llamada “tecnología web,” es decir, las posibilidades de contratar en masa que permiten las webs. A ellos vamos a dedicar el epígrafe siguiente.

IV. EL CONTRATO MEDIANTE “DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS” O MEDIANTE TECNOLOGÍA WEB

La DF 4ª LSSICE, que da nueva redacción al 1262 CC, menciona los llamados “contratos mediante dispositivos automáticos” que, como hemos visto, se oponen a los contratos mediante intercambio de correos electrónicos y esta forma de contratar es, en realidad, la máxima expresión en las relaciones que se crean entre los actores que hemos definido en la sección III, es decir, los PSSI que son “proveedores de contenido” y los “destinatarios” de este tipo de servicios.⁸³ Por ello, nos centraremos en la regulación que la ley realiza para este tipo de contratos, especialmente en lo que se refiere a la formación del contrato: oferta, requisitos de información previa, aceptación e información posterior.⁸⁴

A. La oferta en los contratos mediante tecnología web: la oferta tácita en línea

La oferta contractual es una declaración de voluntad recepticia en la que el oferente expresa las condiciones en las que está dispuesto a contratar.⁸⁵ La oferta asume el carácter de tal si es completa, es decir, si contiene todos los elementos necesarios para que su aceptación produzca la perfección del contrato y si es definitiva, de forma que la intención de contratar sea firme.⁸⁶ La completud de la oferta exige que contenga todos los elementos sobre los que recae el consentimiento, especialmente el objeto y la causa, así como aquellos otros elementos que el sujeto decida introducir: elementos accidentales, garantías del cumplimiento, otras

82. *Id.*

83. LSSICE, tit. IV (B.O.E. 2002, 166).

84. *Ver id.* en art. 27.

85. Barral, *supra* nota 9, en 109.

86. *Id.*

obligaciones que las partes deban asumir, etc.⁸⁷ La oferta lo es si el destinatario de la misma se limita a aceptar,⁸⁸ renunciando a una contraoferta que supondría iniciar una negociación.⁸⁹ Este esquema se aplica sin problemas a la contratación electrónica, entendiendo que el oferente es quien gestiona una página web con contenido comercial o quien ofrece productos y servicios mediante correo electrónico o en un chat.⁹⁰ Con todo, en el mundo anglosajón, se parte del esquema inverso y se considera que el comerciante se limita a realizar una invitación a ofrecer y es el cliente, cuando escoge un artículo el que realiza la oferta contractual propiamente dicha.⁹¹ Esta cuestión no ofrece diferencias a nivel de esquema, a parte de las terminológicas; sin embargo es útil para entender porqué a veces la LSSICE habla de “propuesta de contratación.” Por esta razón, creemos que la distinción entre “propuesta de contratación,” hecha por el PSSI en la página web, se solapa en nuestro sistema con la de oferta, en la que los destinatarios del servicio intervienen sólo para aceptar la oferta y perfeccionar el contrato, o bien iniciar un periodo de negociación en el caso de que no se trate de contratos de adhesión. En este ámbito, lo que nos interesa es saber si aquella información que consta en una página web es o no una oferta contractual; es decir, si el PSSI queda vinculado a las condiciones expuestas.

En el mundo presencial, es oferta la exposición pública en un comercio de determinadas mercancías y lo es porque el comerciante no puede negarse a la venta de los productos exhibidos en las condiciones expuestas.⁹² Es la ley la que atribuye al hecho de tener abierto un establecimiento comercial la voluntad de vender las mercancías que en él se hallen.⁹³ La única excepción aparece en relación con aquellos objetos que se demuestre que forman parte de la instalación o decorado; o bien respecto de aquellos expresamente excluidos. En este sentido, tener un establecimiento abierto al público indica que existe una verdadera oferta de venta de cada producto o servicio, y no una simple invitación a ofrecer. Es, además, una oferta

87. *Id.*

88. *Id.* Estos caracteres la diferencian de la llamada invitación a ofrecer o a contratar en la que un sujeto anuncia su propósito de concluir un contrato pero sin determinar los elementos sobre los que debe recaer el consentimiento. En este caso, será el interesado en la invitación el que formule la oferta contractual que el primero podrá aceptar o no.

89. *Id.*

90. Barral, *supra* nota 9, en 109.

91. *Id.* en 110.

92. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, art. 9 (B.O.E. 1996, 15) (España) [en lo sucesivo LOCM].

93. *Id.*

tácita, ya que se realiza a través de hechos o actos que si bien no están dirigidos principalmente a exteriorizar una declaración de voluntad, de ellos se deduce su existencia de forma inequívoca.⁹⁴ En la contratación electrónica, la presunción del art. 9 LOCM hará que la existencia de una página web en la que una empresa determina la posibilidad de adquirir bienes y servicios es una oferta de la que deben predicarse los requisitos de completud ya vistos. En este sentido, la página web de una empresa con posibilidad de compra o prestación de servicios es una verdadera oferta contractual tácita siempre que cumpla los requisitos expresados para la oferta en general, es decir, cuando de ellos se desprenda el contenido contractual mínimo sobre el que el internauta pueda prestar directamente el consentimiento.⁹⁵

La aplicación del concepto de oferta tácita hace prescindible el contenido del art. 23.2 LSSICE, acerca de la no necesidad de pacto expreso para contratar a través de medios electrónicos, al menos en lo que se refiere a la contratación en Internet.⁹⁶ Sin embargo, esta previsión legal encuentra su justificación en el art. 51 del Código de Comercio, que, en relación con la contratación telegráfica, exige acuerdo previo sobre su uso, de forma que, en el caso de los contratos electrónicos, este artículo se deroga a fortiori.⁹⁷ Esta norma debe entenderse que actúa en el marco de una relación contractual continuada que a menudo no se da en Internet.⁹⁸ En la red abierta, parece más lógico aplicar de modo analógico la presunción de oferta del art. 9 LOCM deducida del hecho de tener una página web en la que se ofrecen productos y servicios.⁹⁹ Así, el problema se centra en la existencia de un oferente al que se dirige voluntariamente el aceptante.¹⁰⁰

En cambio, no tienen el carácter de oferta los llamados banners, o anuncios electrónicos que suponen solamente una información previa que puede decidir el sujeto a contratar y, por ello, no tiene valor vinculante, son

94. *Id.*

95. *Id.*

96. Barral, *supra* nota 9, en 111.

97. ANGEL CARRASCO PERERA, DERECHO DE CONTRATOS 223 (Aranzadi ed., 2010).

98. APOLONIA MARTÍNEZ NADAL, *El Comercio Electrónico*, en CURSO SOBRE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES 247, 248-49 (McGraw-Hill ed., 1999).

99. LOCM, art. 9 (B.O.E. 1996, 15).

100. Barral, *supra* nota 9, en 111.

Ver generalmente Prevé la necesidad de acuerdo previo el RD 263/1996, de 16 de febrero en caso de relación de la Administración con los particulares, pero la idea es distinta ya que significa la necesidad de que el particular admita que se le puedan realizar notificaciones o cualquier acto administrativo por esta vía, y es un requisito lógico ya que debe aprobar el medio de comunicación. En la contratación electrónica, el acceso a una página Web o el hecho de leer un correo electrónico que contiene una oferta ya significa la voluntad de aceptar el medio y sólo precisa la aceptación contractual.

publicidad de productos en la red, que no pueden considerarse oferta ya que ésta se hallará en el link que al clicar el banner aparezca, en los términos vistos anteriormente. Este tema no dista del planteamiento del mundo presencial, una oferta lo es si tiene todos los elementos para que pueda ser considerada como tal, si es completa y si tiene la intención de contratar. Ello nos lleva a una nueva distinción entre lo que es publicidad y lo que es oferta. Ciertamente en este ámbito se crea cierta confusión cuando el destinatario del servicio pueda ser calificado como consumidor, ya que entonces, el mecanismo de la integración publicitaria del contrato nos permite exigir como oferta contractual la información previa recibida, aunque no conste en el contrato.¹⁰¹ Pero precisamente viene a poner de manifiesto que cuando ello no sea así, es decir, cuando estemos en contratación electrónica con quien no sea un consumidor, la oferta es y queda el oferente vinculado por ella, cuando tenga todos sus elementos.

Hay que hacer, sin embargo, una ulterior distinción: en el comercio electrónico suele distinguirse entre páginas activas y pasivas según que el mecanismo disponible en ellas permita o no llevar a cabo un proceso entero de contratación. A pesar de hallarnos inmersos en la Web 2.0 -que tienen como elemento sustancial la interactividad- existen todavía casos de páginas pasivas. Así, en el caso de páginas pasivas no existe oferta, aunque pueda haber integración publicitaria en el caso de un destinatario consumidor, y sí en el de las activas. La cuestión está especialmente clara en dos momentos: cuando se permite la introducción del número de la tarjeta de pago, que ya está iniciando la fase de conclusión del contrato; y los casos del llamado comercio electrónico directo en los que el objeto del contrato es inmaterial y es enviado directamente al equipo del destinatario, normalmente mediante los llamados procesos de descarga: software, música, etc. En la actualidad, como ya hemos dicho, la mayoría de páginas web conllevan mecanismos para concluir el contrato, incluso existen aplicaciones informáticas que permiten contratación inconsciente.

Finalmente, debe indicarse que el art. 27.3 LSSICE se ocupa del plazo de vigencia de la oferta dejando en manos del oferente la fijación del mismo; si el oferente no lo establece, se entenderá que la oferta está vigente mientras el servicio sea accesible para el destinatario.¹⁰² Debemos considerar, en cuanto a los contratos celebrados por vía electrónica, que la oferta será válida aun cuando no incluya referencia a dicho plazo, puesto

101. TRLGDCU, art. 62 (B.O.E. 2007, 287).

102. LSSICE, art. 27.3 (B.O.E. 2002, 166).

que la norma especial permitirá integrar la omisión con el criterio de la accesibilidad del servicio.¹⁰³

B. La información previa: la generalización de los requisitos de protección al consumidor

Los requisitos de información previa en el proceso de contratación se hallan en el art. 27 LSSICE. También el art. 10 LSSICE impone unos deberes generales de identificación de PSSI y que se imponen a todo prestador, vaya a realizar contratos o no, y que sirve tanto para los usuarios de la página como para la autoridad competente en funciones de control.¹⁰⁴ Por ello, se trata de una obligación de identificación del prestador que va más allá de la información previa contractual. Con todo, es verdad que esta identificación va a ser básica para permitir las reclamaciones de los destinatarios del servicio en caso de no cumplimiento o de cumplimiento defectuoso. Sin embargo no trataremos aquí estos elementos, y nos centraremos en el art. 27 que sí impone informaciones básicas para el proceso contractual.

Según el art. 27 LSSICE, que recoge las indicaciones del art. 10 DCE, se impone al ofertante una obligación de ofrecer información previa al cocontratante.¹⁰⁵ En general, estas obligaciones se refieren al propio proceso de formación del acuerdo contractual y, a priori, se justifican por la novedad del medio utilizado para contratar, de forma que parece lógico imponer a quien ofrece productos en la red la necesidad de explicar cómo se llegará al acuerdo contractual al que no es experto en el medio.¹⁰⁶

En efecto, la información previa al contratante ha sido tomada como la gran herramienta jurídica para restablecer el equilibrio en la contratación con consumidores, entendiendo que si el consumidor tiene información sobre el producto a contratar, el proceso de formación de su voluntad correcta y libre estará garantizado.¹⁰⁷ No es este el lugar de analizar la veracidad de este postulado, ni vamos a desarrollarlo aquí. De momento nos interesa destacar que, en este caso, estamos ante requisitos de información previa previstos con carácter general para todo contrato electrónico, con independencia de que la contraparte sea o no un consumidor y precisamente en función de la novedad del medio, que exige

103. Gemma Rubio Gimeno, Validez y Perfección del Contrato Electrónico, en LA REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO 51.

104. Ver LSSICE, art. 10 (B.O.E. 2002, 166).

105. Id. en art. 27; DCE, *supra* nota 5, en art. 10.

106. Ver LSSICE, art. 27 (B.O.E. 2002, 166).

107. Id.

regular instrumentos tuitivos que ya no se dirigen solamente al consumidor, sino a cualquier contratante.¹⁰⁸

Los requisitos de información previa que prevé la LSSICE se concretan a aquellos aspectos que no conforman el contenido necesario de la oferta, pero que el consumidor debe saber antes de aceptar, así, los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.¹⁰⁹ El contratante no experto necesita saber qué conductas debe realizar para aceptar la oferta.¹¹⁰ El contratante debe saber cómo llegar a un acuerdo respecto de la oferta. Por ello, el PSSI debe indicarle los diferentes pasos técnicos a seguir para celebrar el contrato.¹¹¹ En segundo lugar, debe informarse de los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos.¹¹² Este requisito complementa el anterior ya que permite conocer si la voluntad declarada se corresponde con la interna.¹¹³

La ley individualiza estos dos requisitos de forma separada, pero es fácil de entender que tienen una identidad de razón; están tratando de asegurar la aceptación exacta de la oferta.¹¹⁴ Por ello, debe informarse al contratante del entorno técnico del contrato para evitar divergencias entre la voluntad de la parte y lo que finalmente dice en la página web cuando se hace clic en los botones.¹¹⁵

En realidad, y siguiendo a Cavanillas, este denominado requisito de información previa viene a minimizar el riesgo de error obstativo.¹¹⁶ En efecto, en el comercio electrónico es error obstativo la divergencia, debida a la mala programación o funcionamiento de los elementos informáticos o telemáticos empleados, entre la declaración que se quería emitir y la declaración que se emitió o recibió.¹¹⁷ La necesidad de información previa,

108. Immaculada Barral Viñals, *Consumers and New Technologies: Information Requirements in E-commerce and New Contracting Practices on the Internet* [Los Consumidores y las Nuevas Tecnologías: Requisitos de Información en el Comercio Electrónico y las Nuevas Prácticas de Contratación en Internet], 27 PENN ST. INT'L L. REV. 609 (2009) [en lo sucesivo *Los Consumidores y las Nuevas Tecnologías*].

109. LSSICE, art. 10 (B.O.E. 2002, 166).

110. *Los Consumidores y las Nuevas Tecnologías*, supra nota 151.

111. Ver LSSICE, art. 27.1(a) (B.O.E. 2002, 166).

112. *Id.*

113. LSSICE, art. 27.1(c) (B.O.E. 2002, 166).

114. *Id.*

115. *Id.*

116. SANTIAGO CAVANILLAS MÚGICA, *La Conclusión del Contrato en Internet*, en RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRATOS EN INTERNET 160 (Comares eds., 2003)

117. *Id.*

que redundando en la posibilidad de eliminar el error, no impide que se pueda impugnar por vicios del consentimiento en caso de errores no detectados durante el proceso de la aceptación.¹¹⁸ La ley no concreta qué consecuencias tiene para el contrato el error obstativo en la conclusión del iter contractual. La nulidad del contrato por falta absoluta de voluntad no parece la mejor solución ya que pone en manos de quien propició el error la posibilidad de evitar los efectos del contrato ya que se le da legitimación para impugnar.¹¹⁹ Por ello, parece más lógico acogerse a la anulabilidad por error de los artículos 1300 ss CC que permite anular el contrato por un periodo de 4 años y sólo por quien sufrió el error que es el destinatario del servicio en cuanto no se le comunicó adecuadamente los pasos técnicos a seguir para la formalización del contrato.¹²⁰

Finalmente, el proveedor también debe dar información sobre si va a archivar el documento electrónico formalizador del contrato y si éste va a ser accesible.¹²¹ Este requisito se refiere al sistema de documentación del contrato por medios electrónicos, es decir, a la forma como la declaración de voluntad del destinatario del servicio va a plasmarse en un soporte duradero y su accesibilidad para asegurar la posibilidad de su consulta con posterioridad a la perfección del contrato, que es, en definitiva, el conocimiento del exacto contenido de su declaración.¹²² También indica la ley que debe informarse sobre la lengua o lenguas en que, a elección del consumidor, podrá formalizarse el contrato.¹²³ Con todo, la mención al idioma del contrato es puramente instrumental para conseguir la eficacia del requisito anterior y es sólo una herramienta para obtener la eficacia de esta obligación.¹²⁴ La misma disposición se aplica a los términos del contrato y las condiciones generales previstas para el receptor que deben estar disponible de una manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.¹²⁵

Estos requisitos de información previa se dirigen a destinatarios del servicio que no están acostumbrados a la nueva vía de contratación, por lo que necesitan alguna información extra sobre el proceso de contratación y la prueba del contrato para restablecer el equilibrio entre las partes.¹²⁶ No podemos olvidar que el proveedor de servicios es el que está controlando la

118. *Id.*

119. *Id.*

120. CÓDIGO CIVIL art. 1300 (España).

121. LSSICE, art. 27.1(b) (B.O.E. 2002, 166).

122. *Ver id.* en art. 27.

123. *Id.*

124. *Id.* en art. 27.1(d).

125. *Id.*

126. LSSICE, art. 27 (B.O.E. 2002, 166).

tecnología que usa para contratar y, por ello, quien debe asumir la carga de la información.

En ese sentido, los requisitos de información no están relacionados con el propio contrato sino con la nueva forma de hacer contratos en la 'World Wide Web' (WWW), tienen su base en la especificidad de la forma de contrato, ya que se trata de un contrato electrónico. En el comercio electrónico, los requisitos de información previa son una herramienta para la protección del consumidor que se ha extendido a cualquier contratante teniendo en cuenta que, en un intercambio electrónico de oferta y aceptación, hay una parte más débil que tiene que ser informada.¹²⁷ Con todo, existe una importante salvedad: estos requisitos de información previa son renunciables si el cocontratante no es un consumidor.¹²⁸ En cambio, son irrenunciables cuando lo sea, ya que se entiende que es la parte más débil en la contratación, sin excepción. Por la misma razón, estos requisitos sólo se aplican cuando estamos en un contrato en masa, pero no se aplicará a los contratos celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente (por ejemplo, chats o videoconferencia), ya que en este caso el desequilibrio entre el proveedor de servicios y el otro contratante no existe ya que las declaraciones de voluntad son siempre expresas.

La LSSICE no somete estos requisitos de información previa a un régimen de comunicación individual ya que indica claramente que se considerarán cumplidos si la información consta en la página web, siempre que sea de "forma permanente, fácil y gratuita," y que la "información clara, comprensible e inequívoca."¹²⁹ Ello nos lleva a indicar que esta información debe estar en un lugar fácilmente accesible de la página web, y no escondida en hipervínculos o partes de la página que el contratante no deba clicar para concluir el proceso de contratación.¹³⁰ Los requisitos legales exigidos a esta información ya diseñan con claridad la necesidad de no ocultarla bajo apartados de la página que nada tienen que ver con la información que se debe suministrar.¹³¹ Por esta razón, el art. 27.1 indica que la información debe suministrarse "mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado."¹³² Lo que pretende esta dicción es no fijar un único modo de referenciar la información, teniendo presente el auge

127. LSSICE, art. 27.2 (B.O.E. 2002, 166).

128. *Id.*

129. LSSICE, art. 27.1 (B.O.E. 2002, 166).

130. *Id.* en Exposición de Motivos.

131. *Id.* en art. 27.4.

132. *Id.* en 27.1. Esta frase proviene de la reforma de la LSSICE llevada a cabo por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

de la prestación de SSI a través de SMS o MMS, que debe adaptarse al medio, fundamentalmente, a si se trate de mensajes o de navegación por web.¹³³ Además, se genera directamente una excepción para lo que se denomina “dispositivos de pantalla reducida”, en relación a los que se matiza esta información de carácter previo que no ha de contenerse en la pantalla, sino que puede dirigirse el contratante a ella a través de un link o redireccionamiento de página.¹³⁴ Esta previsión legal supone la consagración de nuevos dispositivos como instrumentos de la contratación electrónica especialmente teléfonos móviles, PDAs y tablets.

C. La aceptación inequívoca: los contratos click

La LSSICE no se refiere de forma clara a la aceptación, aunque al realizarse por vía electrónica se deben adaptar los modos de consentir al funcionamiento de la red. Así, la aceptación a menudo se produce de forma no expresa y, de la misma forma que la oferta, también la aceptación es tácita. Esta posibilidad es admisible si revela de modo inequívoco la voluntad de contratar. El artículo 62 TRLGDCU indica que “en la contratación con consumidores y usuarios debe constar de forma inequívoca su voluntad de contrata,” pero ello no indica que el consentimiento del consumidor debe expresarse de forma explícita.¹³⁵ Esta idea no significa que la declaración deba ser expresa: mediante el lenguaje; sino que puede deducirse de comportamientos que revelen de forma clara la voluntad de contratar.¹³⁶ Este es el caso de los “click wrap agreements” o “point-and-click agreements” en los cuales el aceptante de la oferta no emite una declaración expresa de querer contratar, pero realiza un acto material del que cabe deducir su voluntad de aceptar.¹³⁷ Técnicamente es una aceptación tácita, pero es suficiente si el comportamiento realizado por el aceptante es inequívoco, como cuando se realiza el pago del producto que se ha adquirido.¹³⁸ En cambio, no se admite como consentimiento la simple activación de un hipervínculo, ya que este hecho no revela por él mismo la voluntad de contratar sino simplemente la de conocer el

133. *Id.*

134. *Id.*

135. Barral, *supra* nota 9, en 113.

136. Ver TRLGDCU, art. 62 (B.O.E. 2007, 287).

137. Barral, *supra* nota 9, en 114.

138. *Id.*

contenido.¹³⁹ En esta misma línea, la Ley modelo UNCITRAL (art. 11) admite que la aceptación pueda ser expresa o tácita.¹⁴⁰

En realidad, tanto la DCE como la LSSICE consideran este consentimiento no expreso pero explícito como válido cuando imponen a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la necesidad de informar al consumidor de los pasos técnicos necesarios para llevar a cabo la perfección del contrato, y la obligación de realizar un acuse de recibo de la aceptación por un “medio equivalente al utilizado en el proceso de contratación.”¹⁴¹ Tal reconocimiento se encuentra, sin embargo, implícito en la regulación de lo que se denomina información previa, ya que es evidente que la aceptación se produce en el momento en que el contratante realiza los pasos técnicos necesarios para consentir.

En realidad, este denominado requisito de información previa viene a minimizar el riesgo de error obstativo. En efecto, como apunta Cavanillas Múgica,¹⁴² en el comercio electrónico es error obstativo la divergencia, debida a la mala programación o funcionamiento de los elementos informáticos o telemáticos empleados, entre la declaración que se quería emitir y la declaración que se emitió o recibió. Aunque debe tenerse presente que la necesidad de información previa, que redundaría en la posibilidad de eliminar el error, no impide que se pueda impugnar por vicios del consentimiento en caso de errores no detectados durante el proceso de la aceptación.

También debe indicarse que la regla que niega al silencio valor como declaración de voluntad debe extenderse también a este tipo de contratación. Siguiendo la norma tradicional al respecto el silencio en la respuesta durante un determinado periodo de tiempo nunca puede dar lugar a la perfección del contrato.¹⁴³ En la contratación por la WWW significa que no será posible configurar la opción final de aceptación del contrato como opción por defecto, y que no sería posible que la activación de una determinada ventana en la que se advirtiera que el silencio vincula, pueda producir efectos.¹⁴⁴

139. *Id.*

140. *Id.*

141. LSSICE, art. 27, 28.b (B.O.E. 2002, 166); DCE, *supra* nota 5, en art. 10.1(a).

142. Santiago Cavanillas Múgica, *Informática y teoría del contrato*, en X AÑOS DE ENCUENTROS SOBRE INFORMÁTICA Y DERECHO 270 (Aranzadi eds., 1997).

143. Barral, *supra* nota 9, en 115.

144. *Id.* Es difícil atribuir el valor de declaración a la falta de cualquier manifestación por parte del sujeto cuando aquella implica un acto voluntario y en línea de principio puede afirmarse que el silencio no tiene valor de declaración de voluntad. Así, para el ámbito de los contratos de consumo lo establece expresamente y con carácter imperativo el art. 41 LOCM, de forma que excluye la validez

D. La información posterior al contrato: el acuse de recibo de la aceptación

El envío de un acuse de recibo de la aceptación por parte del prestador de servicios se entiende como una obligación del oferente después de perfeccionar el contrato.¹⁴⁵ Este precepto proviene del art. 11 de la proposición de DCE que incluía la fijación del momento de perfección del contrato electrónico de una forma bastante complicada; en efecto, se exigía, además de las declaraciones de oferta y aceptación, el envío de un acuse de recibo que finalizaba el proceso.¹⁴⁶ Por este motivo, finalmente, la DCE no entró en este tema que se dejó a la libertad de los legisladores nacionales por ser una cuestión que afectaba a la esencia de la regulación contractual. Tal como ha quedado redactado finalmente, se trata de un último paso técnico que permite al aceptante saber que su declaración de voluntad ha sido recibida y, por ello, es eficaz, pero no es un elemento del proceso de emisión de la declaración de voluntad. Esta nueva obligación, en un contrato que ya ha sido perfeccionado, finaliza el proceso de contratación y supone un nuevo requisito que se adopta con carácter general por ser técnicamente muy fácil y, por ello, económicamente viable.

En este aspecto la LSSICE admite de dos tipos de acuse de recibo: enviar un mensaje, personalizado o no, de correo electrónico en el que se comunique la recepción de la aceptación -que sería el medio clásico-; o la simple “emisión de un mensaje que confirme el pedido realizado tan pronto como el destinatario haya completado el procedimiento de contratación, siempre que éste pueda ser archivado por aquél,” que significa la instrumentalización de un acuse de recibo puramente automatizado.¹⁴⁷ La recepción del acuse de recibo confirma la perfección anterior del contrato, por lo que su ausencia permite desconocer tal extremo por el aceptante.¹⁴⁸ Además, se fija un plazo de 24 horas para el acuse de recibo, concretando la expresión de la Directiva “lo antes posible,” que, en caso contrario, podía comportar demoras injustificadas.¹⁴⁹

del pacto en el que se atribuya al silencio el valor de declaración. En realidad, el valor del silencio como declaración entra en el campo de la presunción de aceptación que no se admite

145. LSSICE, art. 28.2 (B.O.E. 2002, 166); DCE, *supra* nota 5, en art. 11. La propuesta de DCE contenía la necesidad de que el receptor confirmara la recepción del acuse de recibo que complicaba excesivamente el proceso de formación del contrato y que ha sido suprimido en el texto de agosto de 1999, a petición de varias delegaciones nacionales.

146. *Ver* DCE, *supra* nota 5, en art. 11.

147. LSSICE, art. 28 (B.O.E. 2002, 166).

148. *Id.*

149. *Id.*

Como ya hemos indicado, el acuse de recibo finaliza la formación del consentimiento contractual.¹⁵⁰ Por este motivo, es importante fijar el momento en el que deba entenderse recibido que es cuando se tenga la posibilidad de acceder a él.¹⁵¹ La LSSICE habla de “cuando las partes puedan tener constancia del envío” pero esta constancia no se identifica con conocimiento real, que podría retrasarse fraudulentamente, sino con el momento en que el acuse de recibo es accesible para su destinatario.¹⁵² Ello se produce cuando se tenga la posibilidad de acceder a él, es decir, cuando llegue al servidor de la cuenta de correo del destinatario o de otro medio equivalente.¹⁵³ Se refiere, pues, al iter normal: alojamiento en el servidor a espera de la consulta individual del usuario del correo o de aplicaciones equivalentes.¹⁵⁴ La posibilidad de tener constancia queda claramente matizada por la “presunción” de que aquélla se produce cuando el mensaje llega a la dirección electrónica designada o al dispositivo indicado para la recepción.¹⁵⁵ Se entiende que esperar a la constancia efectiva sería abonar comportamientos obstativos de quien retrasa voluntariamente el acceso al mensaje de datos, con lo que se recoge el criterio de la buena fe. Por lo que se refiere al acuse de recibo en caso de suministro en línea, sólo la DCE aborda el tema, y aún no en el articulado el Cdo 34 determina que se entiende realizado por el envío del producto pagado por el aceptante, que supone la admisión de un acuse de recibo tácito.¹⁵⁶

V. EL CONTRATO ELECTRÓNICO INDIVIDUAL: CONTRATO POR CORREO ELECTRÓNICO O TÉCNICA EQUIVALENTE

La LSSICE contiene normas especiales cuando el contrato se realiza por correo electrónico o técnicas equivalentes. La razón de ser de este régimen especial es que minimiza el papel de los agentes artificiales y que permite largos procesos de negociación.

En realidad, este tipo de contrato se asemeja mucho a la contratación epistolar ya que su especificidad radica en que la contratación se realiza por procesos electrónicos que permiten una comunicación individual en la que los requisitos de los contratos mediante tecnología web no tienen razón de ser. Precisamente por este carácter, el art. 27.2.b) sobre obligaciones

150. *Id.*

151. DCE, *supra* nota 5, en art. 11.1.

152. LSSICE, art. 28.2 (B.O.E. 2002, 166).

153. *Id.*

154. *Id.*

155. *Id.*

156. DCE, *supra* nota 5.

previas al inicio del procedimiento de contratación limita los requisitos de información previa que no serán exigibles, porque se entiende que no hace falta indicar cómo se va a prestar el consentimiento ya que no se trata de contratos click, sino que la aceptación será expresa y deberá manifestarse claramente por escrito en el correo.¹⁵⁷ En definitiva, las cautelas de cómo contratar o como enmendar errores no son necesarias. Por otra parte, el art. 28.3.b) también modifica la regulación correspondiente a la información posterior a la celebración del mismo, ya que en este caso, el acuse de recibo de la contratación no es necesario.¹⁵⁸ Con todo, la ley incluye una previsión para evitar el fraude ya que el acuse de recibo no es necesario siempre que “estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.”¹⁵⁹ Lo que se pretende es que si el contrato se acaba perfeccionando por correo electrónico sólo para evitar el acuse, este será necesario como el caso de que una página web que ofrece bienes o servicios y permite iniciar el proceso de contratación, pero después, en lugar aceptar mediante un click, la página indica la necesidad de enviar un correo a una dirección determinada. El acuse de recibo previsto en el art. 28 es de la contratación realizada, y no debe confundirse con el acuse de recibo del correo electrónico el cual da fe que se ha recibido, y junto con la prueba de su contenido, podrán tener un efecto equivalente.¹⁶⁰ Por ello no se precisa la información posterior al contrato en la forma prevista para la contratación mediante tecnología web.

La ley se centra en el correo electrónico, pero indica también la posibilidad de que este régimen se aplique a otras “técnicas de comunicación equivalente” que se refiere a cualquiera que reúna los requisitos de individual y asíncrona como sms o mms, chat, whatsapp, etc. En todos estos casos, a pesar de la rapidez con que los mensajes puedan mostrarse en la pantalla del receptor, se trata de cruce de mensajes que deben reconducirse a la misma técnica que el correo electrónico. Este tipo de redacción se compadece perfectamente con el principio de neutralidad tecnológica que permite adaptar la solución jurídica a nuevos elementos técnicos.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los contratos electrónicos son aquellos llevados a cabo mediante un nuevo soporte, por ello, la ley enuncia el principio de equivalencia

157. LSSICE, art. 27.2(b) (B.O.E. 2002, 166).

158. *Id.* en art. 28.3(b).

159. *Id.*

160. *Id.*

funcional, es decir, la capacidad para generar efectos de las declaraciones realizadas por medios electrónicos, adaptando los conceptos tradicionales de la contratación presencial.

En este contexto, las categorías de PSSI, especialmente la de proveedor de contenidos y los destinatarios del servicio, enmarcan los contratos electrónicos mediante “tecnología web.” Es decir, las webs dan la posibilidad de contratar en masa al dirigirse a una generalidad de potenciales contratantes no individualizados. Su importancia radica en que la LSSICE lo toma como tipo básico y a él dedica buena parte de sus preceptos sobre contratación electrónica.

La presunción del art. 9 LOCM, adaptada a la contratación electrónica, hará que la existencia de una página web en la que una empresa determina la posibilidad de adquirir bienes y servicios, es una oferta de la que deben predicarse los requisitos de completud, se trata de una oferta tácita en línea. La aceptación en los llamados contratos “click”, tampoco es expresa, aunque sí cumple el requisito de ser inequívoca, ya que se desprende del hecho material de cumplir los pasos técnicos necesarios para entender que el contrato se ha perfeccionado.

Precisamente por la novedad del medio, la regulación europea introduce una serie de requisitos de información previa, con clara voluntad de extender las herramientas tuitivas propias de la protección al consumidor a todo contratante, en función de la novedad del medio. Por ello, la información previa se dirige a explicitar cómo debe prestarse el consentimiento; por su parte, la información posterior en forma de acuse de recibo hace prueba de la contratación realizada para el destinatario del servicio y se configura como obligación puesta a cargo del PSSI por ser técnica y económicamente sencilla.

Como tipo residual, y por oposición, se dibuja el contrato por intercambio de correos electrónicos u otra técnica equivalente, que se entiende como contrato electrónico individual, de ahí su régimen jurídico distinto.

CATALUÑA, ¿NUEVO ESTADO DE EUROPA?

Marta García Barcia*

I.	INTRODUCCIÓN.....	487
II.	CATALUÑA COMO NACIÓN	488
III.	LA INESTABILIDAD ECONÓMICA Y EL CAFÉ PARA TODOS, LOS DETONANTES DEL PROCESO INDEPENDENTISTA	489
IV.	VÍAS PARA LA INDEPENDENCIA	493
	A. <i>Referéndum consultivo en Cataluña</i>	493
	B. <i>Referéndum consultivo en toda España</i>	498
	C. <i>Declaración de independencia y referéndum de autodeterminación</i>	500
	D. <i>Independencia-asociación</i>	506
V.	LA VIABILIDAD DEL ESTADO CATALÁN	508
	A. <i>Derecho a Las Pensiones</i>	508
	B. <i>Las Exportaciones y su Peso en la Economía de Cataluña</i> ...	508
VI.	CONCLUSIONES	510

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 11 de Septiembre del 2012, una marea de catalanes -un millón y medio de personas, según la Guardia Urbana y 600.000 según la Delegación del Gobierno- se manifestaron bajo el lema “Cataluña, nuevo Estado de Europa.”¹ La manifestación, programada el día de la Díada, fue alentada desde el Gobierno de la Generalitat.² En ella, además de reclamarse la independencia; se reclamó al Estado español un pacto fiscal para mejorar la financiación catalana.³ La manifestación de la Díada del 2012 fue histórica para el pueblo catalán; no solo por ser de las más multitudinarias jamás recordadas en Barcelona, sino por ser además el

* Juris Doctor Candidate, May 2014, Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center. Juris Doctor, Universitat de Barcelona School of Law, December 2012. Le doy las gracias a mis padres y hermana, quienes nunca creyeron que terminaría este artículo. Todos los errores son míos.

1 Antonio Baquero & Carlos Márquez Daniel, *Catalunya Clama por la Independencia*, EL PERIODICO (7 de Junio del 2013, 3:14 PM), <http://www.elperiodico.com/es/noticias/diada-2012/print-2202293.shtml>

2. Cristian Reino, *Una Marea Soberanista Reclama la Independencia en Barcelona*, DIARIOVASCO.COM (5 de Mayo del 2013, 7:22 PM), <http://www.diariovasco.com/rc/20120911/mas-actualidad/nacional/pacto-fiscal-marca-diada-201209110257.html> (última visita 29 de Octubre del 2013).

3. *Id.*

desencadenante del proceso independentista.⁴ El marcado carácter independentista de la Díada inundo la esfera política catalana e incluso al Gobierno de la Generalitat:

Nunca como ahora Cataluña había estado tan cerca en su aspiración y su anhelo de plenitud nacional. Cada día que pasa más y más catalanas y catalanes se incorporan al sentimiento y al concepto que es a nosotros, los siete millones y medio de personas que configuramos la Cataluña de hoy, a quienes corresponde decidir libremente nuestro futuro como pueblo y como nación. Missatge Institucional de la Díada de 2012. Molt Honorable Senyor, Artur Mas. Presidente de la Generalitat de Cataluña.⁵

II. CATALUÑA COMO NACIÓN

En la memoria histórica del pueblo catalán, hay conciencia de haber disfrutado durante 700 años de una independencia total y secular.⁶ Antes de su gradual incorporación al naciente Estado español, siguiendo el matrimonio entre Fernando e Isabel en 1469, Cataluña formaba la dominante parte de la corona de Aragón, que controlaba todo un imperio a lo largo del Mediterráneo.⁷ Tras la anexión de los reinos de Castilla y Aragón, Cataluña continuó con un régimen constitucional y una autonomía importante.⁸ Conservó una administración, jurisprudencia, política fiscal, monetaria y económica propias.⁹ Los vestigios del reino Catalán no fueron extinguidos del todo hasta el siglo dieciocho, cuándo Cataluña perdió la Guerra de Secesión.¹⁰

4. Cristina Saiz, *El Independentismo Catalán, Más Allá del Ruido Mediático*, POLITICACRITICA (1 de Julio del 2013, 12:36 AM), <http://politicacritica.com/2013/02/07/el-independentismo-catalan-mas-alla-del-ruido-mediatico/>

5. Artur Mas, *Missatge Institucional del President de la Generalitat Amb Motiu de la Díada Nacional de Catalunya*, GENERALITAT DE CATALUNYA (20 de Mayo del 2013, 10:26 AM), disponible en http://premsa.gencat.cat/pres_fsyp/docs/2012/09/10/18/21/f895cf81-5e64-4258-abfd-2904fa601896.pdf (última visita Octubre 30, 2013).

6. *La Independencia de Cataluña*, CATALUÑA NUEVO ESTADO EUROPEO (26 de Junio del 2013, 6:18 PM), <http://www.freewebs.com/nacioncatalana/03.htm> (última visita 30 de Octubre del 2013).

7. Christopher K. Connolly, *Independence in Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union* [*Independencia en Europa, Recesión, Soberanía, y la Union Europea*], 24 DUKE J. COMP. & INT'L L. 51, 55 (2013).

8. *La Independencia de Cataluña*, *supra* nota 6.

9. *Id.*

10. *Ver* Connolly, *supra* nota 7, en 7.

Fue en los siglos diecinueve y veinte cuándo Cataluña vio un despertar en su nacionalismo que se organizó como un movimiento político.¹¹ Este período de “Renaixença” coincidió con el desarrollo industrial y económico que hicieron de Cataluña una región más avanzada y próspera que España.¹²

Sin embargo, tras la guerra civil española (1936-1939), Cataluña vivió uno de los períodos más oscuros de su historia.¹³ Los catalanes sufrieron la represión de derechos individuales y colectivos, tales como la prohibición del uso del catalán, negación de la identidad catalana y castigos por expresiones culturales.¹⁴

La identidad catalana y la petición de autonomía política emergieron de nuevo durante la transición democrática.¹⁵ Durante la época de la democracia, los nacionalistas catalanes siempre han intentado trabajar por una mayor autonomía dentro de los parámetros legales y políticos existentes.¹⁶ Sin embargo, recientemente las tensiones entre Cataluña y España han ido en aumento.¹⁷

A las tensiones económicas por la redistribución de la riqueza, se le suma la crispación originada en torno a la aprobación del Estatut de Cataluña de 2006, que fue sustancialmente cambiado respecto al que aprobó el Parlamento autonómico.¹⁸ El recortado del Tribunal Constitucional fue el desencadenante de una numerosa manifestación titulada “Som una nació, nosaltres decidim.”¹⁹

III. LA INESTABILIDAD ECONÓMICA Y EL CAFÉ PARA TODOS, LOS DETONANTES DEL PROCESO INDEPENDENTISTA

En los últimos tiempos, el proceso independentista se ha visto alentado como consecuencia de la crisis económica y de los recortes sufridos en Cataluña, en partidas tan básicas como las de educación o sanidad.²⁰ Desde hace ya algún tiempo, impera en Cataluña la idea de que “existe un expolio

11. *Id.*

12. *Id.*

13. *Id.*

14. *Id.*

15. *Ver Connolly, supra* nota 7 en 8.

16. *Id.*

17. *Id.*

18. Saiz, *supra* nota 4.

19. *Id.* (Somos una nación, nosotros decidimos”).

20. *Ver generalmente id.*

fiscal causado por el gobierno central” y de que el llamado “Café para todos” ya no funciona.²¹

Esta idea se desprende del sistema de redistribución de la riqueza que impera en España.²² Para entender este sistema antes, hay que atender al modelo de organización territorial que diseña la Constitución española.

El artículo 137 de la Constitución española, precisa que el Estado español se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas.²³ También, todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.²⁴

El modelo de Estado está delineado en la Constitución de forma imprecisa.²⁵ Sabemos que es un Estado de Derecho, social y democrático²⁶ y que su forma política es la Monarquía parlamentaria.²⁷ Pero no sabemos con certeza si es un Estado unitario o federal o un tipo intermedio que participa de algunas notas de ambos.²⁸ La Constitución no se define en este punto ni acuña un nombre distintivo que caracterice la peculiar estructura del Estado español.²⁹ Este modelo constitucionalmente innominado, ha sido denominado por el Tribunal Constitucional como “Estado de las Autonomías.”³⁰

El modelo descrito por la constitución ha sido analizado por distintos autores.³¹ Sin embargo, guardan especial interés las intervenciones de los representantes de los distintos grupos parlamentarios, durante la creación de la Constitución de 1978.³² Entre esas opiniones, podemos encontrar abundantes testimonios que denotan que los constituyentes optaron por la unidad del Estado, frente a las tesis federalistas.³³ Así, Sánchez Agesta dijo que: “el Estado español como Estado autonómico se identifica con un Estado nacional y que se ‘fundamenta en la indisoluble unidad de la nación

21. *Id.*

22. *Id.*

23. C.E., B.O.E. n. 311, Dec. 29, 1978, art. 137 (España).

24. *Id.*

25. Julio Castelao, *Sinopsis del Artículo 137*, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.js (última visita 6 de Junio del 2013).

26. C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978, art. 1.1 (España).

27. *Id.* art. 1.3.

28. Castelao, *supra* nota 25.

29. *Id.*

30. *Id.*

31. *Id.*

32. *Id.*

33. Castelao, *supra* nota 25.

Española,' que se vincula a una sola soberanía nacional -que reside en el pueblo español- y que reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades culturales y las regiones históricas que contribuyeron a su formación en el decurso de los siglos."³⁴ Otros representantes, como Letamendía se lamentaba de que "no solamente se ha cerrado el paso a la defensa del derecho de autodeterminación en esta Constitución, sino que se cierra el paso al federalismo." ³⁵

El artículo 2 de la Constitución española tras hacer mención expresa a que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, reconoce y garantiza la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.³⁶ Pues bien, el artículo 138 garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y, tras reconocer la peculiaridad del que llama hecho insular enfatiza que, las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas "no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales."³⁷

La solución al problema del desequilibrio territorial no es factible sin el uso de técnicas redistributivas que implican una transferencia de capital público de las comunidades más ricas a las comunidades más pobres con el fin de realizar el principio de solidaridad.³⁸ El artículo 157.1.c, establece entre los recursos financieros de las comunidades autónomas las transferencias de un fondo de compensación y otras asignaciones a cargo de los presupuestos generales del estado.³⁹ El objetivo del fondo de compensación es corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad.⁴⁰

En este sentido, la Generalitat considera que debería ser mucho mayor el retorno de la aportación catalana al Estado.⁴¹ Es decir, la diferencia entre

34. *Id.*

35. *Id.*

36. C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Dic. de 1978, art. 2 (España).

37. Castelao, *supra* nota 25; ver también C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978 (España).

38. Castelao, *supra* nota 25; ver también C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978 (España).

39. Castelao, *supra* nota 25; ver también C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978 (España).

40. Castelao, *supra* nota 25; ver también C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978 (España).

41. Maria Teresa Coca, *A que Aspira Catalunya con el Pacto Fiscal*, EL MUNDO (29 de Junio del 2013, 12:33 PM), <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/09/19/barcelona/1348077306.html> (última visita 30 de Octubre del 2013).

los ingresos de la Administración central en Cataluña y los gastos del Estado en territorio catalán.⁴² Pero el cálculo de las balanzas fiscales, complejo por la dificultad de regionalizar tributos como el IVA o el impuesto de sociedades, es muy disparaje entre Estado y Generalitat.⁴³

A todo ello, hay que sumar los problemas de falta de liquidez y de recursos a los que debe hacer frente el Gobierno de Cataluña.⁴⁴ Los mismos, están relacionados, por ejemplo, en materia de políticas sociales, a que la aportación del Estado a Cataluña se ha reducido en un 92% en los últimos tres años.⁴⁵ En cifras, de los 72,8 millones de euros percibidos en el 2011, la Generalitat pasará a percibir 5,8 millones en el 2013 (según los presupuestos generales del Estado).⁴⁶ Esta drástica reducción de la aportación estatal a las políticas sociales afecta a todos los programas sociales del Departamento de Bienestar Social y Familia.⁴⁷

El Plan concertado de servicios sociales básicos, que consiste en el mantenimiento de una red de servicios sociales de atención primaria, gestionada por las corporaciones locales, ha disminuido un 68,31%, ya que ha pasado de los 12.293.386 € en el 2011 a 3.896.106 € en el 2013.

El proyecto de intervención social integral para la atención, prevención de la marginación e inserción del Pueblo Gitano ha sufrido una reducción del 61,48%, pasando de recibir 99.629 € en el 2011 a 38.374 € en el 2013.

El plan de dependencia - nivel acordado- se ha reducido en un 100% y no recibe ninguna aportación desde el 2011.

El fondo de acogida e integración y refuerzo de inmigrantes se ha reducido en un 100% y no recibe ninguna aportación desde el 2011.

El Programa y prestación de servicios que garantizan el derecho a la asistencia social integral a las víctimas de violencia de género se ha reducido un 19,88%, pasando de recibir 632.408 € en 2011 a 506.676 € en 2013.⁴⁸

42. *Id.*

43. *Id.*

44. *Id.*

45. España Ahoga Económicamente a Cataluña, HELP CATALONIA (7 de Julio del 2013, 7:27 PM), <http://es.helpcatalonia.cat/2013/03/espana-ahoga-economicamente-catalunya.html> (última visita 7 de Julio del 2013).

46. *Id.*

47. *Id.*

48. *Id.*

Todo ello se traduce en un auge del nacionalismo y en un intento por buscar más autonomía política y financiera.⁴⁹ En esta línea, y tras la manifestación de la Díada del 2012, el Presidente de la Generalitat Artur Mas pidió a Mariano Rajoy, presidente de España un pacto fiscal para Cataluña.⁵⁰ El pacto fiscal permitiría a Cataluña recaudar y gestionar todos los tributos mediante una Agencia Tributaria Propia.⁵¹ Se trataría de invertir los papeles que actualmente desarrollan Estado y Generalitat y de evitar que esta última actúe únicamente como ente recaudador.⁵² Ante la negativa del Gobierno encabezado por Rajoy, la Generalitat respondió votando a favor de celebrar un referéndum por la independencia y convocó elecciones anticipadas con el propósito de formar un Gobierno nacionalista y de concentrar el máximo número posible de escaños nacionalistas en el Parlament.⁵³ El actual President de la Generalitat, recientemente pacto un acuerdo con Oriol Jonqueres, líder de Esquerra Republicana para que Cataluña celebre un referéndum para la autodeterminación a lo largo del 2014.⁵⁴

IV. VÍAS PARA LA INDEPENDENCIA

A continuación se presentarán cuatro modalidades distintas por las que Cataluña podría optar para conseguir su objetivo, el nuevo Estado Catalán. Lo mismo no significa que no hayan más o que éstas sean las mejores.

A. *Referéndum consultivo en Cataluña*

El referéndum consultivo es una modalidad de ejercicio de democracia directa.⁵⁵ Esto es, que el referéndum es una de las instituciones en las que los ciudadanos son protagonistas principales de la decisión política.⁵⁶ A ellos, ha de poder imputarse el resultado último de la decisión.⁵⁷ Esta modalidad, de ejercicio de democracia directa, es una muestra del

49. Connolly, *supra* nota 7, en 10.

50. *Id.*

51. Coca, *supra* nota 41.

52. *Id.*

53. Connolly, *supra* nota 7 en 11.

54. *Cataluña Votará la independencia*, E-NOTICIES (26 de Junio del 2013, 2:14 PM), <http://www.e-noticies.com/popup/imprimir/jidoc=71199&idi=es> (última visita 30 de Octubre del 2013).

55. MIGUEL ÁNGEL APARICIO, MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL 107-114 (2009).

56. *Id.*

57. *Id.*

compromiso de la Constitución en "facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social."⁵⁸

El referéndum consultivo está previsto en la Constitución Española en relación con "decisiones políticas de especial trascendencia."⁵⁹ El Tribunal Constitucional ha definido el referéndum como un instrumento de participación directa y política.⁶⁰ Más en concreto, ha especificado que el referéndum es una especie del género "consulta popular" con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre asuntos de interés público a través de diferentes procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral respecto de asuntos públicos propios del artículo 23 de la Constitución,⁶¹ y que se sustancia a través del correspondiente proceso electoral.⁶² En estos casos, añade el Tribunal Constitucional, en los que el sujeto consultado es el cuerpo electoral, estaremos ante consultas populares que se verifican por vía de referéndum, y en cuanto tales, su convocatoria queda dentro de la reserva exclusiva que, a favor del Estado, contiene el artículo 149.1.32⁶³ de la Constitución.⁶⁴

El referéndum consultivo debe ser convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.⁶⁵ Tal autorización debe concederse por mayoría absoluta de la Cámara a solicitud del Presidente del Gobierno, dicha solicitud "deberá contener los términos exactos en que haya de formularse la consulta."⁶⁶ "El mensaje o comunicación que al efecto dirija el Presidente del Gobierno al Congreso será debatido en el Pleno de la

58. C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978, art. 9.2 (España).

59. *Id.* art. 23.1.

60. *Ver* S.T.C., 11 de Septiembre del 2008 (B.O.E., No. 245 Supp., p.10) (España).

61. C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978, art. 23.1 (España): "Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal."

62. *Ver* S.T.C., 11 de Septiembre del 2008 (B.O.E., No. 245 Supp., p.10) (España). La sentencia, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

63. C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978, art. 149.1.32 (España): "El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum."

64. *Ver* S.T.C., 11 de Septiembre del 2008 (B.O.E., No. 245 Supp., p.11) (España).

65. C.E., B.O.E. n. 311, 29 de Diciembre de 1978, art. 92.2 (España).

66. L.O.P.J., B.O.E. n. 20, 23 de Enero de 1980, art. 6 (España).

Cámara. El debate se ajustará a las normas previstas para el de totalidad.”⁶⁷ La decisión del Congreso será comunicada por el Presidente de la Cámara al del Gobierno.⁶⁸

Una vez concedida la autorización, procede la convocatoria que corresponde al Rey mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente.⁶⁹

En todo caso, el Real Decreto de convocatoria debe contener el texto íntegro de la decisión y objeto de consulta; señalar claramente la pregunta o preguntas a que ha de responder el cuerpo electoral convocado; y determinar la fecha en que haya de celebrarse la votación que deberá producirse entre los treinta y los ciento veinte días posteriores a la publicación del Decreto.⁷⁰ Fecha a la que habrá de darse máxima publicidad, incluyendo la publicación en el Boletín Oficial del Estado; los Boletines Oficiales de todas las provincias o de las provincias y Comunidades Autónomas afectadas, la difusión en todos los diarios que se editen en ellas y en los de mayor circulación de España, la fijación en los tablones de edictos de la totalidad de los Ayuntamientos afectados, así como en todas las representaciones diplomáticas y consulares, y la difusión por radio y televisión.⁷¹

En el caso de Cataluña, el proceso de un referéndum consultivo consistiría en que el Gobierno central convocara un referéndum consultivo en Cataluña y autorizara a la Generalitat para conocer la voluntad de sus ciudadanos.⁷² Es decir, que Cataluña siguiese el proceso desarrollado en las distintas leyes estatales con motivo del artículo 149.1.32 de la Constitución Española.⁷³ "Si ganase el sí a la secesión, se abriría un proceso de reforma constitucional para reconocer el derecho de autodeterminación," afirma el Catedrático de Ciencia Política en la Universidad de Barcelona, Rodríguez-Aguilera.⁷⁴ Según el Profesor García Roca, Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, este sistema se

67. Reglamento del Congreso de los Diputados., B.O.E. n. 55,5 de Marzo de 1982, art. 161.2 (España).

68. *Id.* art. 161.3.

69. L.O. 50/1997, B.O.E. n. 285, 28 de Noviembre de 1997, art. 2.2 (e) (España).

70. L.O. 2/1980, B.O.E. n.20, 23 de Enero de 1980, art. 3 (España).

71. *Id.* art. 3.2.

72. Maria Salgado, *Los Expertos Aseguran que la Secesión de Cataluña es Posible si hay una Mayoría y Negociación*, 20MINUTOS.ES (29 de Junio del 2013, 10:04 AM), <http://www.20minutos.es/noticia/1585767/0/cataluna-secesion/independencia/mayoria-negociacion/>. (última visita 30 de Octubre del 2013).

73. *Id.*

74. *Id.*

basaría y apoyaría en una sentencia del Tribunal Supremo de Canadá que reconoce el derecho a convocar un referéndum con una pregunta clara, plenas garantías y una mayoría calificada.⁷⁵

La sentencia que el Doctor García Roca referencia no es otra que "Reference Re Secession of Quebec," decidida por el Tribunal Supremo de Canadá en 1996.⁷⁶ La misma dice así: "un voto claro y mayoritario en Quebec sobre una pregunta clara a favor de la iniciativa de secesión conferiría legitimidad democrática a la iniciativa de secesión, que todos los demás participantes en la Confederación deberán reconocer."⁷⁷ La sentencia expresa que mientras que la secesión unilateral no sería legal, la iniciativa de secesión bajo un referéndum promulgado bajo las leyes canadienses sería válida y efectiva no teniendo el resto de Canadá "ningún fundamento para negar el derecho del gobierno de Quebec para perseguir la secesión."⁷⁸ No obstante, Allen Buchanan, Catedrático de la universidad de Duke, no cree que España tomase el camino canadiense.⁷⁹ En su opinión, España ofrecería a Cataluña, como respuesta a un referéndum a favor de la secesión, una autonomía sustancial parecida a la del País Vasco,⁸⁰ con algún tipo de garantía creíble que el acuerdo de autonomía no se rompería.⁸¹

En el caso de Cataluña, hay que recordar que el referéndum que se llevaría a cabo para decidir sobre la iniciativa de secesión sería consultivo. Pero, ¿qué significa que el referéndum sea consultivo? En este sentido el Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Miguel Ángel Gimeno, apunta que el resultado de la consulta "no tendría efectos jurídicos."⁸² "Haríamos la consulta, nos encontraríamos con la respuesta pero, ¿cuál sería la implicación? No tendría efectos jurídicos sino políticos, por lo tanto seguiría siendo una discusión política."⁸³

75. *Id.*

76. Reference Re Secession of Quebec [Referencia a la Recesión de Quebec], [1996] 2 S.C.R. 217 (Can.).

77. *Id.* at 220.

78. *Id.* at 221.

79. Allen Buchanan, *Cataluña Tendría que Pedir la Mediación de la ONU si España Menospreciase el Referéndum*. Entrevista, SINPERMISO.INFO (6 de Junio del 2013, 4:26PM), <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=6132> (última visita 30 de Octubre del 2013).

80. *Id.*

81. Buchanan, *supra* nota 79.

82. Luis B. García, *El Presidente del TSJC ve "Francamente Complicado" Celebrar una Consulta*, LAVANGUARDIA.COM (7 de Junio del 2013, 8:27 PM), <http://www.lavanguardia.com/politica/20130606/presidente-tsjc-francamente-complicado-celebrar-consulta.html#> (última visita 30 de Octubre del 2013).

83. *Id.*

Sin embargo, la doctrina, entre ellos Santamaría Pastor opina que, “resulta impensable que el órgano que hubiese de adoptar la decisión consultada lo hiciese en el sentido contrario al pronunciamiento neto y rotundo de la voluntad popular.”⁸⁴ El problema en el caso de Cataluña, radica en que el objeto de la consulta habrá de referirse al órgano gubernamental para que este atendiendo y ponderando los resultados de la consulta popular impulse y adopte las medidas procedentes para la formalización del veredicto popular.⁸⁵

El barómetro del Centro de Estudios de Opinión de la Generalitat, publicó en junio que un 55,6% de los catalanes votaría a favor de la independencia en una eventual consulta de autodeterminación.⁸⁶ De entre los encuestados, el 51,2% cree que en una Cataluña independiente el nivel de vida sería mejor que ahora.⁸⁷ El Centro de investigaciones Sociológicas, dependiente del Ministerio de la Presidencia español, arroja datos similares; el 41% de los encuestados estaría a favor de que Cataluña pudiera convertirse en un estado independiente.⁸⁸ Lo cierto es que estos datos prevén que ante una posible consulta por la secesión de Cataluña, los ciudadanos catalanes votasen a favor de crear un nuevo estado independiente.⁸⁹ Esta consulta conllevaría a que el órgano gubernamental español tuviese que plantearse una reforma constitucional.⁹⁰ La única forma legal de atacar la “unidad” del artículo 2 de la Constitución española, en la actualidad. Si el planteamiento de la consulta ya no resulta sencillo, a nivel parlamentario español la viabilidad de la consulta es más complicada.⁹¹ El nacionalismo catalán debería buscar apoyos en los partidos estatales para una reforma constitucional que permitiese un referéndum vinculante, la cual requiere una aprobación por dos tercios de las dos cámaras parlamentarias.⁹²

84. Jose Luís López González, *El Referéndum Nacional Consultivo Sobre Decisiones Políticas de Especial Trascendencia*, in CUADERNOS CONSTITUCIONAL DE LA CÁTEDRA DE FADRIQUE FURIÓ CERIOL 215 (Universitat de Valencia ed., 2002).

85. *Id.*

86. *El 55% de los Catalanes Votaría a Favor de la Independencia*, LAVANGUARDIA.COM (6 de Junio del 2013, 9:15 AM), <http://www.lavanguardia.com/politica/20130620/54376823885/55-catalanes-votaria-favor-independencia.html> (última visita 30 de Octubre del 2013).

87. *Id.*

88. Saiz, *supra* nota 4.

89. *Id.*

90. *Id.*

91. *Id.*

92. *Id.*

Suponiendo en que Cataluña convoca el referéndum sobre la cuestión de la secesión bajo el marco legal español, cabe preguntarse ¿puede Cataluña consultar la cuestión de la secesión por medio de un referéndum convocado por la Generalitat?

Primero, hay que destacar que Cataluña carece de competencias en materia de referéndum, porque el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) sólo ha atribuido a la Generalitat las relativas al establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular.⁹³ La convocatoria de un referéndum por parte de la Generalitat, sin que previamente haya habido una reforma de la Ley Orgánica Reguladora de las Diversas Modalidades de Referéndum autorizando a la Generalitat a tal efecto, pondrían al Gobierno catalán fuera del marco legal español y por tanto ante un posible caso de secesión unilateral.⁹⁴

B. Referéndum consultivo en toda España

Esta modalidad consistiría en que el Gobierno español convocase el referéndum consultivo a nivel estatal.⁹⁵ "No es tan evidente que los españoles votasen en contra de la secesión de Cataluña."⁹⁶ De hecho, "hay más ingleses que escoceses a favor de la independencia de Escocia," sostiene el catedrático de la Universidad de Barcelona, Rodríguez-Aguilera.⁹⁷ Los estudios en Escocia demuestran que un 43% de los ingleses estarían a favor de la independencia escocesa.⁹⁸ Sin embargo, el proceso de secesión escocés es radicalmente distinto al catalán.⁹⁹ Primeramente, el

93. Estatuto de Autonomía de Cataluña, B.O.E. n. 172, 20 de Julio del 2006, art. 122 (España).

94. Emilio Pajares, *Constitución y Referéndum de Independencia en Cataluña*, DIARIOJURIDICO.COM (26 de Noviembre del 2011, 12:00 AM), <http://www.diariojuridico.com/opinion/constitucion-y-referendum-de-independencia-en-cataluna.html> (última visita 29 de Octubre del 2013).

95. *Id.*

96. *Id.*

97. *Id.*

98. Ainhoa Paredes, *Inglaterra Dice sí a Escocia*, NABARRALDE (30 de Julio del 2013, 10:27 PM), <http://www.nabarralde.com/es/munduan/7798-inglaterra-dice-si-a-escocia?tmpl0component&print=1&layout=default&page=> (última visita 29 de Octubre del 2013).

99. *Ver generalmente, El Secession Independentista de Escocia se Celebrará el 18 de Septiembre del 2014*, PUBLICO.ES (20 de Julio del 2013, 10:40 PM) <http://www.publico.es/internacional/452492/el-referendum-independentista-de-escocia-se-celebrara-el-18-de-septiembre-de-2014/version-imprimible> (última visita 29 de Octubre del 2013).

diálogo fluido entre los gobiernos escocés e inglés han posibilitado que se establezca un día para la consulta; el próximo 18 de septiembre del 2014.¹⁰⁰ Muy al contrario, el gobierno español sigue sin atender a las demandas de secesión catalanas.¹⁰¹ Seguidamente, el pueblo escocés no demuestra un apoyo sólido y fuerte ante la posibilidad de secesión; únicamente un 30% de los encuestados sobre la cuestión dan apoyo a la independencia.¹⁰² En Cataluña sin embargo, la voluntad secesionista es superior al 50% de la población.¹⁰³

Los argumentos a favor de convocar el referéndum consultivo a nivel estatal, tal y como prevé el artículo 92 de la Constitución española, radican en que la Constitución hace posible que las decisiones políticas de especial trascendencia sean sometidas a consulta de todos los ciudadanos, por lo que no cabe que la consulta se dirija a solo una parte.¹⁰⁴ Así, María Dolores de Cospedal, política del Partido Popular (“PP”), afirmaba que “el futuro de España lo decidimos entre todos los españoles.”¹⁰⁵ Y que el futuro de una parte de España, que también es parte del todo, también lo decidimos entre todos los españoles, los que viven en Cataluña y los que no.”¹⁰⁶

Este argumento, sin embargo, parece que está construido sobre la premisa de que el legislador solo puede aquello que la Constitución le permite.¹⁰⁷ Esta premisa parece errónea si la comparamos con el principio constitucional democrático de que la libertad del legislador solo está limitada por lo que la Constitución prohíbe.¹⁰⁸ Bajo estos parámetros las Cortes Generales, como titular de la soberanía y representantes del pueblo español, podrían autorizar la celebración del referéndum en un ámbito

100. *Id.*

101. *Id.*

102. *Id.*

103. *Ver generalmente, El 55% de los Catalanes Votaría a Favor de la Independencia, supra* nota 86.

104. Franciso Rubio Llorente, *Un Referéndum que Nadie Quiere*, ELPAIS.COM (30 de Julio, del 2013 10:15 PM), http://www.elpais.com/elpais/2013/02/01/opinion/1359716070_365196.html (última visita 29 de Octubre del 2013).

105. *Id.*

106. Alberto R. Roldán, *Cospedal: El Futuro de Cataluña lo Decidimos Entre Todos Los Españoles*, LARAZÓN.ES (17 de Julio del 2013, 1:23 PM), http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_488764/8286-maria-dolores-de-cospedal-el-futuro-de-cataluna-lo-decidimos-entre-todos-los-espanoles (última visita 29 de Octubre del 2013).

107. Llorente, *supra* nota 104.

108. *Id.*

territorial restringido.¹⁰⁹ Esto es autorizar la primera vía discutida: el referéndum consultivo en Cataluña.¹¹⁰

C. Declaración de independencia y referéndum de autodeterminación

“Este método siempre es fruto de una ruptura y suele ser violento, complejo y duro,” asegura Pérez Francesch, Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona.¹¹¹ El parlamento catalán haría una declaración unilateral de independencia y convocaría un referéndum de autodeterminación al amparo del derecho internacional, por lo que debería existir una mayoría muy amplia a favor de la secesión.¹¹² Después comenzaría la construcción del Estado, y de una constitución y de leyes propias.¹¹³

Esta posición cuenta con el apoyo del derecho internacional, cuando lo cierto es que el derecho internacional suele tomar una posición neutral ante la secesión.¹¹⁴ Los actos de secesión son analizados bajo las leyes internas de cada país, mientras que el derecho internacional solo se ocupa de regular las consecuencias de la secesión.¹¹⁵ Aunque el derecho internacional reconoce el derecho a la autodeterminación, una amplia aplicación del derecho resultaría en “el debilitamiento radical de la soberanía del Estado y en una dramática remodelación del actual marco de la comunidad internacional.”¹¹⁶ Por ello, la aplicación del derecho a la autodeterminación ha sido “selectiva y limitada en muchos aspectos.”¹¹⁷

Hasta hoy, el Derecho internacional público ha reconocido el derecho a la libre determinación de dos nociones de pueblo distintas.¹¹⁸ A los “pueblos coloniales” y, por extensión, a los pueblos sometidos a dominación extranjera, por tratarse de situaciones calificadas como contrarias al Derecho internacional; y a los “pueblos” entendidos como el

109. *Id.*

110. *See id.*

111. Salgado, *supra* nota 72.

112. *Id.*

113. *Id.*

114. Connolly, *supra* nota 7, en 67.

115. *Id.*

116. *Id.*

117. *Id.*

118. Víctor M. Sánchez, *Autodeterminación, Secesión y Derecho Internacional*, ELDEBAT.CAT (6 de Julio del 2013 6:33 PM), http://www.eldebat.cat/client/print/print_notice.php?IDN=64352 (última visita 29 de Octubre del 2013).

conjunto de nacionales o ciudadanos de un Estado.¹¹⁹ De entre esta última calificación el Derecho internacional público ha distinguido dos categorías, la de las “minorías” y la de los “pueblos indígenas.”¹²⁰

El caso catalán se encuentra dentro de la noción de “pueblo” como conjunto de nacionales y ciudadanos de un Estado y, más en concreto, bajo la subcategoría de “minorías.”¹²¹ La Declaración de las Naciones Unidas sobre las minorías, aprobada por consenso en 1992, se refiere en su artículo 1 a las minorías sobre la base de su identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística, y dispone que los Estados protejan su existencia.¹²² La definición de minoría más aceptada es la que dio, en 1977, Francesco Capotorti, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías:

Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.¹²³

Bajo esta definición se engloban pueblos como el catalán, el escocés o los quebequenses de Canadá.¹²⁴ El régimen jurídico básico de las minorías se encuentra recogido en el artículo 27 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), el cual obliga a los Estados para con las minorías de su territorio, como sería el caso de España frente a Cataluña.¹²⁵ El artículo 27 especifica que “[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”¹²⁶ El

119. *Id.*

120. *Id.*

121. *Id.*

122. Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities [Declaración de los Derechos de Personas que pertenecen a minorías nacionales, étnicas, religiosas, o de idiomas], G.A. Res. 47/135, Annex, U.N. GAOR, 47th Sess., Supp. No. 49 (Vol. I), U.N. Doc. A/47/49 (Vol. I), at 210 (Dec. 18, 1992).

123. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, para.568.

124. Sánchez, *supra* nota 118.

125. *Id.*

126. *Id.*

Derecho internacional promueve la no discriminación de las "minorías" pero no asegura su autonomía política.¹²⁷ Así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre las Minorías promueve ciertos derechos políticos de las minorías siempre que "no sea incompatible con la legislación nacional."¹²⁸

Vemos pues, que el Derecho internacional no ha creado un "derecho a la secesión" que corresponda a los pueblos "minorías"; pero tampoco ha prohibido que las minorías aspiren a crear un nuevo Estado mediante su secesión de un Estado matriz.¹²⁹ Si una parte del territorio de un Estado se separa, el Derecho internacional sólo establece que, si al final de ese proceso el territorio segregado ostenta de hecho los elementos de la "estatalidad" se le debe tratar como a cualquier otro Estado del mundo.¹³⁰ Por "estatalidad" se entiende que el nuevo Estado es un territorio definido, con una población estable, y un gobierno que logra ejercer de forma sostenida en el tiempo las funciones públicas básicas de modo soberano e independiente.¹³¹ A todo esto, no hay que perder de vista que, en general, la Comunidad Internacional mira estos fenómenos con recelo.¹³² La misma Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, por ejemplo, señala de modo categórico que "todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas," en alusión a procesos de escisión fuera del marco de la descolonización.¹³³ Del mismo modo, la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, confirma estas apreciaciones.¹³⁴ Aunque primeramente, proclama que todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y que todo Estado tiene

127. *Id.*

128. *Id.*

129. Sánchez, *supra* nota 118.

130. *Id.*

131. *Id.*

132. *Id.*

133. *Id.*

134. Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples [Declaración de los Derechos de Personas que pertenecen a minorías nacionales, étnicas, religiosas, o de idiomas], G.A. Res. 1514 (XV), 15 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 66, U.N. Doc. A/4684 (1961).

el deber de respetar este derecho.¹³⁵ A continuación, marca los límites y condiciones a este derecho:

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.¹³⁶

En conclusión, el principio de libre determinación de los pueblos, fuera del marco colonizador, se refiere a los canales internos de cada Estado para atender a las demandas de secesión de sus minorías.¹³⁷ Con todo esto, existen autores que han defendido el derecho de cualquier pueblo a la secesión como un derecho "corrector."¹³⁸ De entre estos autores destaca Allen Buchanan, Catedrático de la Universidad de Duke.¹³⁹ Buchanan sostiene que el derecho corrector reconoce cuatro tipos de injusticia:

- 1) Anexión injusta del territorio de un Estado soberano,
- 2) Violaciones a gran escala de derechos humanos fundamentales,
- 3) Redistribución discriminatoria continuada y grave y,
- 4) Vulneración por parte del Estado de las obligaciones del régimen autonómico intraestatal o la negativa a negociar una forma de autonomía intraestatal continuada.¹⁴⁰

En el caso de Cataluña, la anexión injusta del territorio de un Estado soberano no se cumpliría. Cataluña quedó finalmente anexada a España en 1714, tras la capitulación de la ciudad de Barcelona y con el Decreto de

135. Sánchez, *supra* nota 118.

136. *Id.*

137. *Id.*

138. *Id.*

139. Ver generalmente Allen Buchanan, *¿Tiene Cataluña Derecho a la Secesión?*, ELPAIS.COM (2 de Julio del 2013, 11:24 AM), http://www.politica.elpais.com/politica/2013/05/24/actualidad/1369396168_202422.html (última visita 29 de Octubre del 2013).

140. *Id.*

Nueva Planta, hace más de tres siglos.¹⁴¹ Justificar la secesión por un anexo que se remonta tan atrás en el tiempo, provocaría una inestabilidad política masiva y violencia generalizada.¹⁴²

El segundo caso de injusticia que propone el derecho corrector tampoco se cumple en el caso de Cataluña. Cataluña hoy no sufre violaciones de sus derechos humanos fundamentales por parte del Estado español.¹⁴³

Los principales argumentos que justifican el derecho de secesión de Cataluña son: primero, un argumento que demuestre que Cataluña esta sometida a una redistribución discriminatoria seria y permanente; y segundo, un argumento que demuestre que España se niega persistentemente a conceder la autonomía adecuada en Cataluña dentro del Estado español.¹⁴⁴

Sobre la redistribución discriminatoria, hay que tener presente que en prácticamente todos los Estados comprometidos con el bienestar de la totalidad de sus ciudadanos habrá una considerable redistribución entre regiones.¹⁴⁵ A menos que rechazemos la idea misma del Estado del bienestar, debemos aceptar la redistribución.¹⁴⁶ Para determinar que la injusta redistribución es una causa lícita, bajo el derecho, corrector para la secesión habrá que determinar si es injusta o discriminatoria.¹⁴⁷

En el 2012, los partidos catalanes coincidieron en exigir al Estado español el pago de los 11.000 millones de euros que debe a Cataluña.¹⁴⁸ El desglose de los 11.000 millones se puede dividir en: las leyes y decisiones tomadas por Madrid que costarán en Cataluña este año 2.428,9 millones y, además, hay que sumar las antiguas deudas, que ascienden a 8.605,4 millones.¹⁴⁹ La partida más elevada son las infraestructuras, con 5.700 millones, y luego hay otros impagos importantes como el fondo de

141. *El Régimen de Nueva Planta*, GENERALITAT DE CATALUÑA (17 de Julio del 2013, 2:14 PM), <http://www.gencat.cat/generalitat/cas/guia/antecedents/antecedents9.htm> (última visita Octubre 29, 2013).

142. Buchanan, *supra* nota 139.

143. *Id.*

144. Buchanan, *supra* nota 79.

145. Buchanan, *supra* nota 139.

146. *Id.*

147. *Id.*

148. M. Bataller & O.A. Etxearte, *Los Partidos Exigen que el Estado Pague lo que Debe a Cataluña*, ESTADOCATALAN (1 de Julio del 2013, 3:15 PM), <http://estadocatalan.wordpress.com/2012/03/29/los-partidos-exigen-que-el-estado-pague-lo-que-debe-a-cataluna/> (última visita 29 de Octubre del 2013).

149. *Id.*

competitividad -1450 millones-, la liquidación por inversiones de la disposición adicional tercera -759, en 2008, y 219, en 2009 – o los sobreesfuerzos a los que ha tenido que hacer frente la Generalitat: 235 millones en la ley de dependencia o 70 en la de aborto.¹⁵⁰

A estas cifras, se suma un informe publicado en la revista del Instituto de Estudios Económicos, bajo el patrocinio de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) que concluye que el actual sistema de financiación económica es insuficiente, poco igualitario y, además, tremendamente oscuro en su funcionamiento.¹⁵¹

Aún y teniendo en cuenta estos datos, favorables a la posición de Cataluña, hay que tener en cuenta datos como los que presenta Libre Mercado; diario que asegura que la Generalidad recibió en el reparto autonómico casi cuatro veces más que el Gobierno madrileño -60% frente al 17% recaudado- en el anterior ejercicio fiscal.¹⁵²

La conclusión que denotan los datos presentados es que demostrar que la redistribución discriminatoria está teniendo lugar y, que es lo suficientemente grave como para justificar la respuesta radical de la secesión es más difícil de lo que parece.¹⁵³

Un argumento contundente, a favor de la secesión unilateral de Cataluña, puede alegarse sobre la base de que España no ha demostrado buena fe a la hora de responder a las demandas de mayor autonomía intraestatal.¹⁵⁴ El Gobierno español ha rehusado negociar con los nacionalistas catalanes.¹⁵⁵ Ante la actual demanda del Gobierno catalán por un referéndum, el Gobierno español se ha limitado a repetir que dicho referéndum sería ilegal bajo la Constitución y que haría lo necesario por prevenirlo, mostrando así una actitud inflexible.¹⁵⁶ Si España ningunea un fuerte mandato en un referéndum bien hecho y, a la vez, no presenta una oferta creíble de más autonomía, el gobierno catalán deberá buscar apoyo internacional (en la ONU) o regional (en la UE) para presionar a España a

150. *Id.*

151. Luis Izquierdo, *Un Informe Difundido por el CEOE Admite Discriminación con Cataluña*, LAVANGUARDIA.COM (30 de Junio, 12:37 PM), <http://www.lavanguardia.com/politica/20130603/54374623627/informe-ceoe-admite-discriminacion-catalunya.html> (última visita 29 de Octubre del 2013).

152. *Las Mentiras de Mas: la Inversión en Cataluña Casi Triplica la Media Nacional Libremercado*, (1 de Julio del 2013, 9:27 PM), <http://www.libremercado.com/2013-01-08/artur-mas-insiste-en-la-falacia-de-que-el-estado-maltrata-a-cataluna-1276478669/> (última visita 29 de Octubre del 2013).

153. Buchanan, *supra* nota 139.

154. *Id.*

155. Connolly, *supra* nota 7 en 59.

156. *Id.*

cooperar.¹⁵⁷ Sin embargo, la UE se podría negar; ya que tendría miedo a sentar precedente y a ser llamada a intervenir en más conflictos de autodeterminación.¹⁵⁸

Más allá de la mediación o apoyo que la UE pudiese ofrecer a Cataluña, existen dudas acerca de si el nuevo Estado catalán sería aceptado como Estado Miembro de la UE.¹⁵⁹ Durante una entrevista en 2012, con la BBC, el Presidente de la Comisión Europea José Manuel Barroso opinó que un Estado creado mediante la secesión de un Estado Miembro de la UE, tendría que solicitar el ingreso en la UE por sí mismo, siguiendo los standards comunitarios de solicitud.¹⁶⁰ Aunque no existen precedentes sobre secesión dentro de la UE y, aunque los tratados comunitarios no contienen provisión alguna respecto a esta cuestión, el Derecho Internacional y la práctica de las organizaciones internacionales respaldarían la opinión de Barroso.¹⁶¹

La incertidumbre legal que el supuesto de secesión crea, abarca aspectos como la continuidad de los derechos europeos de los ciudadanos de Cataluña hasta que se decida la readmisión de los mismos en la UE.¹⁶² Más aún Cataluña utiliza como moneda de cambio el Euro y utiliza los parámetros del acuerdo Schengen¹⁶³ en cuanto a fronteras y tráfico de personas.¹⁶⁴

En conclusión, Cataluña debe presentar argumentos contundentes y sólidos basados en una desigual o injusta redistribución o sobre la negativa del Gobierno español de atender sus demandas. Con todo y con ello, a la vista del panorama actual las consecuencias de una secesión unilateral son inciertas tanto bajo el marco legal internacional como bajo el de la UE.

D. *Independencia-asociación*

“La independencia no siempre tiene que significar que Cataluña se vaya del todo de España,” explica Pérez Francesch, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.¹⁶⁵ Esta fórmula consistiría en que

157. Buchanan, *supra* nota 79.

158. *Id.*

159. *Id.*

160. *Id.*

161. Connolly, *supra* nota 7 en 84.

162. *Id.*

163. *Id.*

164. *Id.*

165. Salgado, *supra* nota 72.

Cataluña gozase de autogobierno y luego se asociase libremente al Estado español, como en el caso de Puerto Rico y Estados Unidos.¹⁶⁶

España cedió Puerto Rico a los Estados Unidos en 1898.¹⁶⁷ Como resultado, Puerto Rico se convirtió en un territorio de los Estados Unidos, y como consecuencia en una de sus propiedades.¹⁶⁸ En 1901, el caso *Downes v. Bidwell*, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció que Puerto Rico era un "territorio no incorporado."¹⁶⁹ En *Downes*, Samuel Downes, propietario de SB Downes & Company, importó naranjas al puerto de Nueva York desde el territorio de Puerto Rico y se vio obligado a pagar derechos de importación sobre las naranjas según la Ley Foraker.¹⁷⁰ Su reclamación era, que en Puerto Rico como territorio de los Estados Unidos, tales derechos se encontraban bajo la jurisdicción de la cláusula de uniformidad de la Constitución, cuyo artículo I, sección 8, establece que "todos los derechos impuestos, y arbitrarios, serán uniformes en toda la nación."¹⁷¹

Dado que el impuesto sobre las naranjas no existía para otras partes de los Estados Unidos, sostuvo que no debía existir para Puerto Rico.¹⁷² En su decisión, el tribunal sostuvo que los nuevos territorios anexados no eran parte de los Estados Unidos a los efectos del artículo I, sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁷³ En la actualidad el estatus político de Puerto Rico es incierto.¹⁷⁴ Mientras que los puertorriqueños gozan de la ciudadanía norteamericana, y de los tres poderes de gobierno autónomos-legislativo, ejecutivo y judicial-, la economía, la oficina de correos, la defensa y las cuestiones militares y fiscales siguen bajo control de EE.UU.¹⁷⁵

166. *Id.*

167. Yolimari García, *Puerto Rico: a U.S. Unincorporated Territory or a Protectorate?* [Un Territory de los Estados Unidos sin Incorporar, o un Protegido?], SUITE (2 de Julio del 2013, 4:17 PM), <http://suite101.com/article/puerto-rico-a-us-unincorporated-territory-or-a-protectorate-a348597> (última visita 29 de Octubre del 2013).

168. *Id.*

169. *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244, 341 (1901).

170. *Id.* en 247.

171. *Id.* en 249.

172. *Id.* en 247.

173. *Id.* en 310.

174. *Ver generalmente Gobernador de Puerto Rico solicita a Estados Unidos definir el estatus político de la isla*, TELESUR (1 de Agosto del 2013, 9:25 AM), <http://www.telesurtv.net/articulos/2013/08/01/solicitan-a-estados-unidos-definir-el-estatus-politico-de-la-isla-2536.html> (última visita 29 de Octubre del 2013).

175. García, *supra* nota en 167.

Teniendo en cuenta que el auge del nacionalismo catalán ha coincidido con la crisis económica y con el constante desacuerdo en las políticas económicas y fiscales bajo la mano de España, una asociación dónde las mismas sigan sin estar bajo el control del nuevo Estado catalán es bastante improbable.¹⁷⁶

V. LA VIABILIDAD DEL ESTADO CATALÁN

Este apartado no pretende analizar todos y cada uno de los aspectos económicos, sociales culturales, entre otros que podrían afectar a la viabilidad del estado catalán. El objetivo del apartado es analizar algunos de los puntos más destacados y comentados en los medios en el evento de que Cataluña se constituyese como estado independiente.

A. *Derecho a Las Pensiones*

Cataluña sería capaz de hacer frente a las pensiones y las prestaciones de desempleo con un Estado propio, según los cálculos de la propia consejería de Economía.¹⁷⁷ Si el país hubiera disfrutado de una Seguridad Social propia, entre 1995 y 2010 habría acumulado un excedente de 24.774 millones de euros, si no fuera porque Cataluña aporta el 19,2% de las cotizaciones sociales del Estado español y sólo recibe el 17,3% de las prestaciones.¹⁷⁸

B. *Las Exportaciones y su Peso en la Economía de Cataluña*

Las exportaciones resultan una fuente de crecimiento importantísima en cualquier economía pero muy especialmente en las economías regionales que, por su relativo pequeño tamaño dependen en gran medida del resto del mundo, tanto para colocar una fracción sustancial de su producción (exportaciones) como para adquirir productos en otras áreas del mundo (importaciones).¹⁷⁹ Los nacionalistas, presentan datos demostrando que en el año 2012 Cataluña exportó mercancías al extranjero por un valor de

176. Salgado, *supra* nota 72.

177. *L'Estat català disposarà d'una Seguretat Social pròpia i viable que pagui pensions i prestacions d'atur?* [El Estado Catalon Dispondrá de su Propio Seguro Socia el cual Pagara las Pensiones y Iso Prestamos?], ELCLAUER.CAT (29 de Junio del 2013, 8:29 PM), <http://www.elclauer.cat/L'Estat-catala-disposara-duna-Seguretat-Social-propia-i-viable-que-pagui-pensions-i-prestacions-datur/animated/preguntes/41.html#.UfwEQhbKJER> (última visita 29 de Octubre del 2013).

178. *Id.*

179. Clemente Polo, *El Peso de las Exportaciones en la Economía Catalana*, in LA CUESTIÓN CATALANA HOY 57 (Instituto de Estudios Económicos ed., 2012).

58.282,9 millones de euros, un 5% más que el año anterior.¹⁸⁰ Además, alegan que en el 2011, por primera vez en la historia, las ventas al exterior (53%) superaron las realizadas en el conjunto del Estado español (47%).¹⁸¹ Según un estudio sobre este campo, el grado de apertura de la economía catalana (equivalente al 52,2% de su PIB) es similar al de países como Dinamarca, con unas exportaciones del 52,22% de su PIB, y Suecia, con un 51,87%.¹⁸² Estos datos son utilizados por los nacionalistas para alegar que un hipotético boicot de España por la secesión de Cataluña afectaría a menos de la mitad de la economía catalana.¹⁸³

La economía catalana tiene un peso importante dentro de la economía española.¹⁸⁴ Con una población estimada de 7.539.618 el 1 de enero del 2011, aproximadamente el 16% de la población española (47.190.493),¹⁸⁵ el Instituto Nacional de Estadística (INE) cifra su Producto Interior Bruto (PIB) en 200.323,5 millones o el 18,7% del PIB español (1.073.383 millones) en 2011.¹⁸⁶ En este sentido, Clemente Polo, Catedrático de la Universidad de Barcelona, considera que España continua siendo el mercado más importante de la economía catalana y que una eventual independencia pondría en riesgo el bienestar de una fracción significativa de sus ciudadanos.¹⁸⁷

En este sentido, los nacionalistas recurren a la campaña contra el cava catalán en e; 2004, período en el que las ventas cayeron un 10%.¹⁸⁸ Algunos expertos calculan que el producto interior bruto (PIB) de Cataluña mermaría un 4% y se perderían 130.000 puestos de trabajo, como consecuencia de un boicot del 40% de los consumidores y del 20% de las empresas en productos del país en caso de independencia.¹⁸⁹ En palabras de los nacionalistas, los autores de estas estimaciones admiten que se trata del

180. Les Exportacions Catalanes Serán Suficientes per esquivar un hipotètic boicot del mercat espanyol a una Catalunya independent?[Seran las Exporaciones Catalananas Suficiente para Evitar el Boycot Hipotetico del Mercado Espanol hacia la Independencia de *Cataluña*?], ELCLAUER.CAT (29 de Junio del 2013, 8:41PM), <http://www.elclauer.cat/LEstat-catala-disposara-duna-Seguretat-Social-propia-i-viable-que-pagui-pensions-i-prestacions-datur/animated/preguntes/41.html#.UfwF5xbKJET> (última visita 29 de Octubre del 2013).

181. *Id.*

182. *Id.*

183. *Id.*

184. Polo, *supra* nota 179.

185. *Id.*

186. *Id.*

187. *Id.*

188. *Les Exportacions Catalanes Serán Suficientes, supra* nota 180.

189. *Id.*

escenario más catastrófico, y en una situación de salida pactada con el Estado español se presupone que el sentimiento de animadversión sería inferior al del 2004, cuando la tensión de las relaciones entre la Generalitat y el Gobierno central comenzaba a tomar forma.¹⁹⁰

VI. CONCLUSIONES

La independencia de Cataluña difícilmente puede pasar desapercibida por la comunidad internacional.¹⁹¹ La secesión ataca los dos pilares del sistema estatal westfaliano: la soberanía y la integridad territorial.¹⁹² Por ello, la primera conclusión que podemos destacar es que el proceso de secesión es incierto y tortuoso. Incierto porque la legislación internacional y estatal no respaldan una secesión unilateral como es el caso que parece estar debatiendo Cataluña. Tortuoso, porque por el camino los ciudadanos del nuevo Estado y del antiguo pueden salir damnificados económicamente e incluso perder derechos, como sería el caso de los catalanes si se viesan forzados a salir de Europa.

La segunda conclusión a la que debemos llegar es que el proceso de secesión en Cataluña es más tortuoso e incierto que en Escocia, dada la negativa del Gobierno español a negociar. El Gobierno de la Generalitat intentó tras la manifestación de la Díada negociar un nuevo pacto fiscal. El pacto, supondría una mayor autonomía financiera y de autogobierno para Cataluña, pero no la secesión. El no diálogo practicado por el Gobierno español ha llevado las demandas de Cataluña a nacionalizarse hasta el punto de solicitar la secesión de España.

Europa no se ha pronunciado sobre como actuará si Cataluña se declara independiente de manera unilateral. ¿Se verán los catalanes obligados a salir de la UE? ¿perderán su moneda única, el euro? ¿sus derechos comunitarios? La UE debería pronunciarse al respecto y crear una comisión de expertos juristas y mediadores que facilitasen y abriesen vías de diálogo entre España y Cataluña. Si se va a sentar un precedente siempre es mejor que se haga bajo los términos de la UE, que ésta se avance a los acontecimientos, que no bajo la coacción de España o Cataluña por solucionar una acción límite (la secesión unilateral).

190. *Id.*

191. *Ver Connolly, supra* nota 7 en 67.

192. *Id.*

UNA ACLARATORIA DE LAS DENUNCIAS DEL CENTRO INTERNACIONAL PARA LA RESOLUCION DE LAS DISPUTAS DE INVERSION: ENTENDIENDO LA INTEGRACION DE LOS ARTICULOS 71 Y 72.

*Victorino J. Tejera **

I.	INTRODUCCIÓN.....	511
II.	TRES PLANTEAMIENTOS.....	514
III.	EL PROBLEMA	515
IV.	EL “FACTOR SCHREUER”	517
V.	LA SUMISIÓN DE ESTE ARTICULO.....	520
VI.	UN EJERCICIO ÚTIL DE INTERPRETACIÓN	524
VII.	OTROS PUNTOS DE VISTA	526
VIII.	CONCLUSIÓN	527

I. INTRODUCCIÓN

Antes de que cualquier Estado contratante denunciase el Convenio CIADI,¹ muy pocos académicos y comentaristas se molestaron en interpretar el significado de sus disposiciones relativas a denuncias y más importante aún, discutiendo la efectividad de retirarse del sistema del CIADI. Sin embargo, con las denuncias de Bolivia, Ecuador y Venezuela, han surgido varias dudas y numerosas y contradictorias interpretaciones de académicos y profesionales. Todas ellas problemáticas o innecesariamente complicadas.

Este artículo aborda, de la manera más simple, las dudas sobre el significado de los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI en relación con la efectividad de la denuncia. Por otra parte, con una interpretación lógica y objetiva de las mismas, y sobre la base del principio de la buena fe, llego a

* El autor es abogado en Venezuela y candidato a Doctorado en Ley Internacional en el de Graduate Institute of International and Development Studies [Instituto Universitario de Estudios Internacionales y del Desarrollo] en Ginebra, Suiza. El autor actualmente visita la Universidad Internacional de la Florida como investigador bajo una beca de la Fundación Nacional de Ciencias Suiza Doc.Mobility Fellowship, la cual apoyo este artículo. Este artículo se basa en comentarios anteriores del autor sobre la denuncia de la Convención de la ICSID en su libro *ARBITRAJE DE INVERSIONES EN VENEZUELA* (Caracas, 2012). El autor expresa su más sincera gratitud a la Profesora Andrea K. Bjorklund por sus útiles comentarios al borrador de este artículo. Los errores son solo del autor.

1. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States [Convención sobre Acuerdos entre las Diferencias de Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados], Oct. 14, 1966, 17 U.S.T. 1270, 575 U.N.T.S. 159 [en lo sucesivo Convención ICSID].

la conclusión de que en los Artículos 71 y 72, un inversionista extranjero es capaz de aceptar una oferta de arbitraje del CIADI, en un tratado bilateral de inversión (TBI) o ley de inversiones, dentro del plazo de seis meses establecido en el Artículo 71.

Por primera vez, en los más de cuarenta años desde que se abrió el tratado para ser suscrito, en 1965, un Estado contratante denunció el Convenio CIADI.² El 2 de mayo de 2007, el Banco Mundial, en calidad de depositario, recibió la notificación de la denuncia por parte de Bolivia.³ Como informó entonces el Banco Mundial en su página web, de acuerdo con el artículo 71 del Convenio CIADI, la denuncia entró en vigor seis meses después de la recepción de la notificación, es decir, el 3 de noviembre de 2007.⁴ Aunque hasta la denuncia de Bolivia ningún Estado se había retirado de el sistema del CIADI, dos años después, en 2009, Ecuador hizo lo mismo.⁵ Más recientemente, y varios años después de la primera vez que el Gobierno de Venezuela dio señales públicas de su intención de denunciar el Convenio CIADI,⁶ el 24 de enero de 2012, el Banco Mundial recibió el notificación de denuncia de un tercero Estado Contratante, la República Bolivariana de Venezuela.⁷

2. *Id.*

3. *Bolivia Submits a Notice Under Article 71 of the ICSID Convention* [Bolivia Presenta una Notificación bajo el Artículo 71 de la Convención ICSID], ICSID (16 de Mayo del 2007), <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement3> (última visita 21 de Marzo del 2014).

4. *Id.*

5. *Ver Ecuador Submits a Notice Under Article 71 of the ICSID Convention* [Ecuador Presenta una Notificación Bajo el Artículo 71 de la Convención ICSID], ICSID (9 de Julio del 2009), <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement20> (última visita 21 de Marzo del 2014) (El 6 de Julio del 2009 el Banco Mundial recibió una notificación de denuncia de la Convención ICSID de la República de Ecuador – la denuncia entró en efecto el 7 de Enero del 2010).

6. El 28 de Abril del 2007 durante la Quinta Cumbre de la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA), la cual se efectuó en Barquisimeto, Venezuela, el Presidente de Bolivia propuso a los estados miembros (Venezuela, Cuba, Bolivia, and Nicaragua) que se retiraran de ICSID. La propuesta fue apoyada por todos los miembros de ALBA incluyendo Cuba y Venezuela— incluso cuando Cuba no es un estado participante en la ICSID. Además, el 12 de Febrero del 2008, la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela emitió un Acuerdo en el cual alentaba al Presidente de la República a retirarse de la ICSID. El acuerdo fue publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. GACETA OFICIAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, No. 38.869, 13 de Feb. del 2008.

7. *Venezuela Submits a Notice Under Article 71 of the ICSID Convention* [Venezuela Presenta una Notificación bajo el Artículo 71 de la Convención ICSID], ICSID (26 de Enero del 2012), <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100> (última visita

A raíz de estas denuncias, surgieron nuevas y complejas cuestiones jurídicas, de importancia sistémica para el régimen internacional de inversiones.⁸ Se ha centrado un gran debate en torno al momento en que un Estado denunciante ya no puede ser objeto de arbitraje en el marco del Convenio CIADI. Tal debate parece particularmente relevante cuando se trata de disposiciones de arbitraje del CIADI contenidas en los TBI y las leyes de inversión. La aparente contradicción entre los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI ha dado lugar a puntos de vista contrarios acerca de la efectividad a la hora de las denuncias.

Este artículo explica por qué, en virtud de una interpretación bajo el principio de buena fe de los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI, un inversionista extranjero es capaz de someter una controversia al CIADI incluso si la oferta de arbitraje ante el CIADI no ha sido aceptada por dicho inversionista, y antes de que el depositario reciba la correspondiente notificación de denuncia. De hecho, el inversionista podría aceptar la oferta de arbitraje dentro del plazo de seis meses establecido en el Artículo 71. Los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI disponen lo siguiente:

Artículo 71: Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producir efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.⁹

Artículo 72: Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismo públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos de consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.¹⁰

21 de Marzo del 2014) (El 24 de Enero del 2012, el Banco Mundial recibió una notificación de denuncia de la Convención ICSID de la República de Ecuador – la denuncia entró en efecto el 25 de Julio del 2012).

8. *Denunciation of The ICSID Convention and BITs: Impact On Investor-State Claims [Denuncia de la Convención ICSID y TBIs: Impacto sobre Reclamos de Inversion de Estados]*, U.N. CONFERENCE ON TRADE AND DEV. IIA ISSUES NOTE NO. 2 [U.N. CONFERENCIA SOBRE COMERCIO Y DEV. IIA NOTA NO. 2], en 1 U.N. Doc. UNCTAD/WEB/DIAE/IIA/2010/2 (Diciembre del 2010), disponible en http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf (última visita 21 de Marzo del 2014).

9. ICSID Convention [Convención ICSID], *supra* nota 1, art. 71.

10. *Id.* art. 72.

II. TRES PLANTEAMIENTOS

En términos generales, hay tres posiciones en cuanto a la fecha de efectividad de la denuncia del Convenio CIADI.¹¹ En primer lugar, existen los más conservadores, quienes argumentan que la denuncia se hace efectiva inmediatamente.¹² Otros son de la opinión de que, incluso después de la denuncia, hay un período adicional de seis meses durante el cual esas ofertas de arbitraje del CIADI existente antes de la denuncia pueda ser invocada o aceptada.¹³ Otros, menos conservadores, argumentan que el Estado denunciante puede someterse válidamente a arbitraje del CIADI, incluso tras la expiración del plazo de seis meses una vez presentada la denuncia, siempre que exista una provisión sobre jurisdicción en un TBI que permita esta posibilidad.¹⁴ Hay incluso los que han analizado el tema sin tomar una posición clara.¹⁵

11. Ver Escobar, *supra* nota 2, en 18; ver también Christian Tietje, Karsten Nowrot & Clemens Wackernagel, *Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID [De una Vez y por Todas? Efectos Legales de la Denuncia del ICSID]*, 6 TRANSNAT'L DISP. MGMT., en 8 (Marzo del 2009).

12. La primera posición es básicamente la ofrecida por el Profesor Christoph Schreuer en la primera edición de su libro. Ver CHRISTOPH H. SCHREUER, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* 1286 [CHRISTOPH H. SCHREUER, *CONVENCIÓN DEL ICSID: UN COMENTARIO* 1286] (Cambridge Univ. Press, 2001); ver generalmente Roberto Castro de Figueredo, *Euro Telecom v. Bolivia: The Denunciation of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Under BITs* [Euro Telecom v. Bolivia: La Denuncia de la Convención ICSID y Arbitraje bajo BITs del ICSID], 6 TRANSNAT'L DISP. MGMT. (Marzo del 2009); ver Julien Foubert, *Denunciation of the Washington Convention and Non-Contractual Investment Arbitration: "Manufacturing Consent" to ICSID Arbitration?* [Denuncia de la Convención de Washington y Arbitraje de Inversiones no- Contractuales: "Fabricando la Aprobación" a Arbitraje del ICSID?], 25 J. INT'L ARB. 71, 84 (2008).

13. Ver Marco E. Schnabl & Julie Bédard, *The Wrong Kind of 'Interesting': The Investment Climate in Latin America Recalls a Certain Chinese Proverb [El Equivocado 'Interesante': El Clima de Inversión en América Latina Recuerda Cierta Proverbio Chino]*, NAT'L L. J., 30 de Julio del 2007, disponible en <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/1910231238362.pdf> (última visita 16 de Abril del 2014); ver también Sebastien Manciaux, *Bolivia's Withdrawal from ICSID [Retiro de Bolivia del ICSID]*, 4 TRANSNAT'L DISP. MGMT., en 1 (Sept. 2007).

14. Cf. Fernando Mantilla-Serrano, *The Effect of Bolivia's Withdrawal from the Washington Convention: Is BIT-Based ICSID Jurisdiction Foreclosed?* [El Efecto del Retiro de Bolivia de la Convención de Washington: Es la Jurisdicción basada en BIT del ICSID cerrada?], 22 MEALEY'S INT'L ARB. REPORT 39 (2007); Emmanuel Gaillard, *The Denunciation of the ICSID Convention [La Denuncia de la Convención del ICSID]*, N.Y. L.J., 26 de Junio del 2007; ver Michael D. Nolan & Frédéric G. Sourgens, *The Interplay Between State Consent to ICSID Arbitration and Denunciation of the ICSID Convention: The (Possible) Venezuela Case Study [La Interacción entre Permiso del Estado a Arbitraje del ICSID y la Denuncia de la Convención del ICSID: Posible Estudio del Caso de Venezuela]*, TRANSNAT'L DISP. MGMT., en 14-15 (Sept. 2007); ver Oscar M. Garibaldi, *On the Denunciation of the ICSID Convention, Consent to ICSID Jurisdiction, and the Limits of the Contract Analogy* [En la Denuncia de la Convención del ICSID, Consentimiento a la Jurisdicción del ICSID, y los límites de la Analogía de Contratos], en INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY:

III. EL PROBLEMA

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"),¹⁶ la terminación de un tratado, su denuncia o la retirada de un Estado Miembro del mismo, sólo puede tener lugar como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado en cuestión, o las disposiciones de la propia Convención de Viena.¹⁷ De conformidad con la Convención de Viena, si un tratado contiene disposiciones relativas a su terminación, la denuncia o la retirada, se observarán tales disposiciones. El artículo 71 del Convenio CIADI indica los pasos que un Estado contratante ha de observar con el fin de denunciar la convención.¹⁸ De acuerdo con el artículo 71, un Estado contratante podrá denunciar el Convenio CIADI por medio de una notificación por escrito al depositario.¹⁹ El depositario entonces, notificará a todos los Estados

ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SCHREUER [LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PARA EL SIGLO 21: ENSAYOS EN HONOR DE CHRISTOPH SCHREUER] 251, 268–69 (Christina Binder et al., eds., 2009); ver Tietje, *supra* nota 11, en 9; ver generalmente Gauthier Vannieuwenhuyse, *Bringing a Dispute Concerning ICSID Cases and the ICSID Convention Before the International Court of Justice* [Trayendo una Disputa Acerca de los Casos del ICSID y la Convención ICSID ante la Corte Internacional de Justicia], 8 L. & PRAC. INT'L CTS. & TRIBS. 115, 115–41 (2009).

15. Keyvan Rastegar emplea múltiples silogismos y mecanismos típicos en el campo de la Filosofía de Leyes y presenta la relación problemática de lenguaje de los Artículos 71 y 72, aunque sin asumir una posición clara acerca del momento en que la denuncia de la Convención del ICSID se vuelve efectiva. Ver Keyvan Rastegar, *Denouncing ICSID* [Denunciando ICSID], en INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOUR OF CHRISTOPH SCHREUER [LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PARA EL SIGLO 21: ENSAYOS EN HONOR DE CHRISTOPH SCHREUER] 278, 300–301 (Christina Binder et al., eds., 2009). Ramiro Guevara apunta a una teoría diferente, acorde a la cual "consentimiento a jurisdicción de la ICSID [es] concedido por ambos Estados a la hora de ratificar la Convención del ICSID y al ratificar cada BIT individual." Ramiro Guevara, *An Update of Bolivia's Recent Actions* [Actualización de Recientes Acciones de Bolivia], 5 TRANSNAT'L DISP. MGMT. en 3 (Abril del 2008). En consecuencia, "[j]urisdicción nace porque los Estados lo autorizan. Inversionistas simplemente se avalen de esta por medio del proceso." *Id.* en 3. Desafortunadamente este autor no provee mas detalles sobre esta teoría, la cual, aunque muy interesante, no encuentro muy convincente.

16. Vienna Convention on the Law of Treaties [Convención de Viena sobre las Leyes de Tratados], 23 de Mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679 [en lo sucesivo VCLT].

17. Ver *id.* art. 42. VCLT aplica solo a tratados que han concluido después de ser ejecutados, VCLT no es directamente aplicable a la Convención ICSID. De hecho, la VCLT que entró en vigor el 27 de Enero de 1980 mientras que la Convención ICSID entró en vigor el 14 de Octubre de 1966. No obstante, el VCLT es generalmente considerado como la codificación del derecho internacional usual. Por lo tanto, sus reglas sirven como guía para interpretar los Artículos 71 y 72 de la Convención del ICSID.

18. ICSID Convention [Convención ICSID], *supra* nota 1, art. 71.

19. *Id.* art. 71 ("Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice

signatarios de cualquier denuncia recibida en virtud del artículo 71.²⁰ Conforme al artículo 71, una denuncia surtirá efecto seis meses después de que el depositario reciba la notificación de denuncia.²¹ Esto parece significar que, en el caso de que un Estado contratante denuncie el Convenio CIADI, éste seguirá siendo un Estado Contratante durante los seis meses siguientes a la fecha de notificación.

Hasta el momento, no parece haber ningún problema en cuanto a la determinación de la fecha de efectividad de la denuncia. Sin embargo, el artículo 72 del Convenio CIADI da lugar a ciertos problemas de interpretación en lo que respecta al tiempo de presentación de las expresiones de voluntad del CIADI. En particular, en el caso de las llamadas ofertas de arbitraje contenidas en los tratados de inversión y leyes de inversión y su aceptación por parte de inversionistas extranjeros. Por lo tanto, el lenguaje del artículo 72 constituye el núcleo de la discusión.²² Según esta disposición, la denuncia del Convenio CIADI no afectará a los derechos u obligaciones derivados del consentimiento dado por el Estado o el inversionista antes de que el Banco Mundial reciba la notificación de denuncia.²³ De la lectura textual del artículo 72, parecería que cualquier expresión de consentimiento tendría que ocurrir antes de la fecha en que el Banco Mundial recibe la notificación de denuncia. Esa lectura fuera de contexto del artículo 72 da la impresión de que éste está en conflicto con el artículo 71 del Convenio CIADI.²⁴

Mientras que el artículo 71 prevé un período de supervivencia de seis meses después de la denuncia para que ésta se convierta en efectiva, el artículo 72 indica que, con el fin de obtener el consentimiento, el inversionista debe dar su consentimiento previo a la propia notificación de denuncia.²⁵ Además, el artículo 72 también sugiere que el inversionista no puede dar su consentimiento al arbitraje del CIADI en el período de supervivencia de seis meses, es decir, antes de que surta efecto la

[Cualquier Estado Contratado puede denunciar esta Convención por medio de una notificación escrita al depositario de la Convención].”) (énfasis añadido).

20. *Id.* art. 75(f).

21. *Id.* art. 71.

22. *Id.* art. 72. Artículo 72 lee: Notificación del Estado Contratante conforme con los Artículos 70 y 71 no debe afectar los derechos u obligaciones bajo la Convención de este Estado o sus divisiones o agencias nacionales surgiendo del consentimiento de Jurisdicción del Centro dado por uno de ellos antes de que la notificación fue recibida por el depositario. *Id.* (énfasis añadido).

23. Convención ICSID, *supra* nota 1, art. 72.

24. *Ver id.*

25. *Id.*

denuncia.²⁶ Esta aparente contradicción entre los artículos 71 y 72 del Convenio CIADI es lo que ha dado lugar a posiciones contradictorias con respecto a la fecha exacta en la que se producen los efectos prácticos de la denuncia. Como se verá en las secciones 5 y 6 a continuación, no hay tal contradicción.

IV. EL "FACTOR SCHREUER"

A la luz de la singularidad de la primera edición de su libro *El Convenio CIADI: Un Comentario* y, de su reputación en éste ámbito, las observaciones del profesor Christoph Schreuer en relación con el artículo 72 del Convenio CIADI fueron tal vez lo que desató mayor controversia sobre el alcance de la disposición. Concretamente, Schreuer rechazó la posibilidad de invocar las disposiciones de arbitraje del CIADI, es decir, la aceptación de las ofertas de arbitraje y que estén previstas en los tratados bilaterales o leyes de inversión, durante el período de seis meses a que se refiere el artículo 71 de la Convención, y mucho menos después de dicho período tuvieron expirado.²⁷ La razón más básica para Schreuer adoptar ese punto de vista se debe al hecho de que él considere las expresiones de los Estados del consentimiento al arbitraje del CIADI, que figura en los tratados bilaterales o leyes de inversión, como meros ofrecimientos de consentimiento.²⁸ Para el profesor Schreuer, el consentimiento se convierte en irrevocable sólo cuando un inversionista acepta la oferta.²⁹ Como se verá más adelante, esa no es la opinión unánime entre los comentaristas y eruditos.

Según Schreuer, el artículo 71 del Convenio CIADI, indica que la denuncia hecha por un Estado contratante surtirá efecto seis meses después de la recepción de dicha notificación: "no ofrecerá la oportunidad de perfeccionar el consentimiento durante este período de seis meses."³⁰ En ese sentido:

El intento de los inversionistas de aceptar una oferta permanente de consentimiento por parte del Estado anfitrión que pueda existir con arreglo a la legislación o de un tratado después de la recepción de la notificación [en virtud del artículo 71] no tendría éxito. Con el fin de ser preservado por el art. 72, el consentimiento debería ser perfeccionado *antes de la recepción*

26. *Id.*

27. *Id.*

28. *Ver* SCHREUER, *supra* nota 12, en 218.

29. *Ver* SCHREUER, *supra* nota 12, en 253.

30. SCHREUER, *supra* nota 14, en 1280-81.

de la notificación de denuncia, por el Banco mundial.³¹ (Énfasis por el autor.)

Como se puede observar, según el profesor Schreuer, de conformidad con el artículo 72 del Convenio CIADI, el consentimiento de los inversionistas se debe dar antes de llevar a cabo la denuncia del Convenio CIADI. En otras palabras, antes de que el Banco Mundial reciba la respectiva notificación de denuncia, esto es, antes del periodo de seis meses establecido en el Artículo 71.³² Los trabajos preparatorios de la Convención del CIADI parecen apoyar la postura de Schreuer. Aunque los trabajos preparatorios no dan una respuesta concreta a las dudas que hoy en día se plantean en relación con la interpretación de los artículos 71 y 72, a partir del fragmento citado más abajo parece claro que la inclinación del señor Aron Broches "fue considerar que las ofertas de arbitraje no tienen efecto antes de ser aceptadas por el inversionista."³³ El señor Aron Broches fue el Asesor Jurídico del Banco Mundial y también Presidente del Comité Jurídico sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en el momento en que se elaboró el Convenio CIADI y se le considera como el redactor de este tratado internacional.

El 25 de febrero de 1965, los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) se reunieron como Comité Plenario sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, para evaluar una versión bastante completa de lo que fue, finalmente el Convenio CIADI. En esta reunión, el Sr. Joaquín Gutiérrez Cano, Director Ejecutivo del Banco Mundial designado por Italia, España, Portugal y Grecia, hizo una observación importante. El diplomático y político español Gutiérrez Cano presentó el caso en el que no hubo acuerdo entre el Estado y el inversionista extranjero, pero sólo una declaración general de parte del Estado a favor de la presentación de reclamaciones al CIADI y la posterior retirada de la Convención por ese Estado antes de cualquier reclamación se hubiese sometido al CIADI. En este sentido, cuestionó si la Convención del CIADI todavía podía obligar al Estado a aceptar la jurisdicción del CIADI.³⁴

31. *Id.*

32. Esta posición es compartida por los autores Roberto Castro de Figueredo y Julien Fouret, quienes, siguiendo la denuncia de Bolivia de la Convención del ICSID, publico artículos en esta cuestión. Ambos consideran que la autorización dada por el Estado por medio de BIT es solo una oferta de autorización y no garantiza jurisdicción del ICSID, al menos que el inversionista haya aceptado la oferta. *Ver* Castro de Figueredo, *supra* nota 12, en 9; Fouret, *supra* nota 12, en 78, 82, 85.

33. **BLANK FOOTNOTE**

34. ICSID, HISTORY OF THE ICSID CONVENTION: DOCUMENTS CONCERNING THE ORIGIN AND THE FORMULATION OF THE CONVENTION ON THE SETTLEMENT OF INV. DISP. BETWEEN STATES

A esta observación, el Sr. Broches respondió que una declaración general de la clase mencionada por el Sr. Gutiérrez Cano no sería vinculante para el Estado que la había hecho hasta que esta hubiere sido aceptada por el inversionista. Si el Estado retira su declaración unilateral denunciando la Convención, antes de que haya sido aceptada por un inversionista, ningún inversionista podría, más tarde, presentar una demanda ante el CIADI. Sin embargo, si la oferta unilateral del Estado ha sido aceptado antes de la denuncia del Convenio CIADI, entonces, los conflictos que surjan entre el Estado y el inversionista tras la fecha de la denuncia estarán dentro de la jurisdicción del CIADI.³⁵

Pero incluso si las observaciones del Sr. Broches parecen sugerir que, en su opinión, para que un inversionista preserve el acceso al arbitraje del CIADI, él o ella tendría que dar su consentimiento al arbitraje del CIADI antes de que el Banco Mundial reciba la notificación de denuncia. Esa sin embargo, no es necesariamente la posición de Broches. De hecho, podría haber estado refiriéndose a la "denuncia", no como un solo evento que ocurre cuando el Banco Mundial recibe la notificación de denuncia, sino como un evento complejo que tiene lugar durante todo el plazo de seis meses establecido en el artículo 71 de la Convención CIADI. Si se tiene en cuenta que la "denuncia" es un proceso complejo y constructivo que ocurre en varias etapas, empezando con la notificación y terminando al expirar el plazo de seis meses del artículo 71, los comentarios del Sr. Broches ya no reflejan una posición tan conservadora como la adoptada por el profesor Christoph Schreuer en la primera edición de su libro.

En todo caso, en la edición del *Comentario* de 2009, Schreuer admite que hay una interpretación alternativa que puede ser basada en la lectura literal del artículo 72 del CIADI en vista del Artículo 25(1). Él señala el hecho que mientras el Artículo 25(1) se refiere al consentimiento mutuo, el Artículo 72 refiere al consentimiento aportado por uno de ellos. Basado en esto, el profesor Schreuer reconoce que la frase "dado por alguno de ellos" puede que indique que el Artículo 72 cubre una expresión unilateral de consentimiento por el estado anfitrión antes de su aceptación por el inversionista.³⁶ Esto quisiera decir que la mera expresión de consentimiento por parte del estado anfitrión, no sería afectada por el

AND NATIONALS OF OTHER STATES [ICSID, HISTORIA DE LA CONVENCIÓN DEL ICSID: DOCUMENTOS SOBRE EL ORIGEN Y FORMACION DE LA CONVENCIÓN SOBRE ACUERDOS ENTRE LAS DIFERENCIAS DE INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS] 1010 (1st ed. 2001).

35. *Id.*

36. *Ver id.*

notificación pautado por el Artículo 71 del Convenio CIADI.³⁷ Schreuer también señala que:

Bajo esta interpretación [alternativa], el inversionista retendría el derecho de aceptar la oferta de consentimiento del Estado anfitrión, mientras la oferta continúe en existencia, incluso luego de la notificación pautada . . . por el Art. 71. El vencimiento del periodo de seis meses en el Art. 71 no afectaría este derecho El derecho del inversionista a aceptar la oferta de consentimiento permanece hasta que el Estado retire la oferta. Para poder escapar el efecto del Art. 72, el Estado tendría que revocar su consentimiento por separado. En el caso de una oferta de consentimiento contenida en legislación domestica, la legislación tendría que ser derogada o modificada. En caso de una oferta de consentimiento contenida en un tratado, su retiro sería considerablemente más dificultoso y tendría que ser conforme a la ley de tratados.³⁸

Esta interpretación alternativa reconocida por el profesor Schreuer aparenta estar en acuerdo con la posición de Emmanuel Gaillard, Fernando Mantilla-Serrano y Oscar Garibaldi, entre otros.³⁹

V. LA SUMISIÓN DE ESTE ARTICULO

Es el argumento de este articulo que una interpretación de buena fe de los artículos 71 y 72 del CIADI permite la conclusión que un inversionista extranjero puede someter una disputa a arbitraje del CIADI aunque la oferta no haya sido aceptada por el inversionista antes que el depositario reciba el notificación de denuncia. En efecto, el inversionista tendría la posibilidad de declarar su consentimiento y así aceptar la oferta de arbitraje contenida en un TBI o en una ley domestica de inversión, de esta manera perfeccionaría el acuerdo de arbitraje, dentro del periodo de seis meses al que se refiere el Artículo 71 del CIADI. Esta conclusión esta basada en el Artículo 71, el cual es claro al establecer que la denuncia del CIADI toma efecto seis meses después del recibo del notificación.⁴⁰ Cualquier otra interpretación tendría el efecto de rendir a la segunda parte del Artículo 71 del Convenio CIADI sin significado práctico y *effet utile*.

37. SCHREUER, *supra* nota 14, en 1280

38. *Id.*

39. *Ver generalmente* Gaillard, *supra* nota 14; *ver generalmente* Mantilla-Serrano, *supra* nota 14; *ver generalmente* Garibaldi, *supra* nota 14.

40. Convención ICSID, *supra* nota 1, art. 71.

De hecho, el Artículo 72 del CIADI indica que el notificación por un Estado Contratante de acuerdo al artículo 71 (i.e., el notificación de denuncia del CIADI), no afectará los derechos u obligaciones bajo la Convención de el Estado denunciante o de sus nacionales.⁴¹ Estos derechos y obligaciones bajo el CIADI son aquellos que surgen del consentimiento a la jurisdicción del CIADI dada por el Estado que denuncia al CIADI of dado por sus nacionales *vis-à-vis* al Estado anfitrión, antes que el notificación de denuncia fuese recibido por el depositario.⁴²

Por este modo, un Estado Contratante “Denunciationland” podría entrar en un contrato que incluye una clausula de arbitraje por el CIADI y algunos meses después denunciar la Convención. Si esto sucediese, toda disputa que surja de ese contrato, aún está sujeta al arbitraje ante el CIADI. Por la misma moneda, antes que Denunciationland denuncie al CIADI, un nacional de Denunciationland pudiese entrar en un contrato con un Estado Contratante por el cual establecen el arbitraje por el CIADI como el método de resolución de disputas. Si luego de la ejecución de este contrato hipotético, Denunciationland denunciase al CIADI, esas disputas que surgen del contrato entre el nacional de Denunciationland y el Estado anfitrión continuarían siendo sujetas al arbitraje por CIADI. En otras palabras, el significado del Artículo 72 es que la denuncia del CIADI no afecta a aquellos acuerdos de arbitraje bajo el CIADI donde alguna de las partes es el Estado denunciante o uno de sus nacionales, siempre y cuando esos acuerdos de arbitraje hayan entrado en efecto antes que Denunciationland mandase el notificación de denuncia de la Convención. Al respecto:

Hay acuerdo general que, por lo menos si ambas partes a la disputa han dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI antes que el notificación de denuncia sea recibida por el Banco Mundial, la disputa puede ser sometida al CIADI en cualquier momento después que esto ocurra, incluso después que el notificación tome efecto bajo el Artículo 71.⁴³

En ese sentido, el CIADI “no coloca limite temporal al derecho de una de las partes a poder aportar consentimiento o en las obligaciones del Estado denunciante derivadas de su consentimiento previo al notificación.”⁴⁴

Pero la clave para descifrar la controversia con respecto a la denuncia del CIADI y para entender la interacción entre los Artículos 71 y 72, es

41. Convención ICSID, *supra* nota 1, art. 72.

42. *Ver generalmente id.*

43. Garibaldi, *supra* nota 14, en 260.

44. *Id.* en 270.

tener en mente que el Artículo 72 no excluye o prohíbe la posibilidad que los acuerdos de arbitraje sean perfeccionados durante el periodo de sobrevivencia presente en el Artículo 71 de la Convención.⁴⁵ Simplemente, el Artículo 72 no contempla el caso de los acuerdos de arbitraje que se efectúan durante el periodo de sobrevivencia de seis meses.⁴⁶ Tal caso se contempla en el Artículo 71. Además, el lenguaje del Artículo 72 no quiere decir que el alcance del CIADI cesa inmediatamente al momento que el depositario recibe el notificación de denuncia. En otras palabras, no hay justificación para darle algún tipo de interpretación *a contrario sensu* al Artículo 72 del CIADI. En esa conexión, el Artículo 71 provee que la denuncia tomara efecto seis meses después que el depositario reciba el notificación. Por lo tanto, durante el periodo de seis meses del Artículo 71, es también posible perfeccionar acuerdos de arbitraje por el CIADI.

La historia indica, que en el momento que el CIADI fue redactado, ofertas de arbitraje surgiendo de TBIs no estaban contemplados como el enfoque del CIADI. En efecto, consentimiento a someterse al arbitraje típicamente se daba simultáneamente por ambas partes, por vía de clausula de arbitraje en el contrato por el Estado con respecto a disputas posibles en el futuro o en la forma de un *compromis* con respecto a una disputa que hubiese ya surgido.⁴⁷ Es muy probable que esta sea la razón por la cual las discusiones de los diferentes comités, ambos el Comité Legal y el Comité Plenario, no abordaron el caso de aceptación potencial de una oferta de arbitraje ofrecida en un TBI durante el periodo de seis meses previsto por el Artículo 71 del CIADI. Sin embargo, es importante destacar que ni el texto del CIADI ni el trabajo preparatorio, contemplan una prohibición contra la aceptación de ofertas de arbitraje durante el ya mencionado periodo de seis meses.⁴⁸ Por lo tanto, una interpretación objetiva y de buena fe del Artículo 72 del CIADI no debe extraer una prohibición donde ninguna tal prohibición existe ni en ese Artículo ni en el texto del CIADI completo.

Aunque es cierto que el Artículo 72 se refiere expresamente al consentimiento dado antes que el notificación de denuncia sea recibido, esta provisión no proscribire la posibilidad de aceptar la oferta después de la denuncia.⁴⁹ Este Artículo simplemente no regula tal situación. Como antes mencionado, no hay razón alguna para interpretar el Artículo 72 del CIADI *a contrario*. Similarmente, el Artículo 71 si regula el periodo de tiempo después de la denuncia y establece expresamente que la Convención seguirá

45. Ver Convención ICSID, *supra* nota 1, art. 72.

46. Ver *id.*

47. Ver Tietie, *supra* nota 11, en 19.

48. Ver generalmente Convención ICSID, *supra* nota 1.

49. *Id.* art. 72.

en efecto por seis meses después de la denuncia.⁵⁰ Por la misma moneda, porque el Artículo 71 también provee que la denuncia toma efecto seis meses después que el notificación sea recibido, se puede asumir que en la ausencia de circunstancias específicas, una vez venza el periodo de sobrevivencia de seis meses, ya no sería posible aceptar ninguna oferta de arbitraje.

Por lo tanto, es el argumento de este artículo que los Artículos 71 y 72 están dirigidos a la regulación de dos realidades distintas. Mientras el Artículo 71 determina la fecha exacta en la cual la denuncia del CIADI toma efecto, i.e., después de seis meses del recibo del notificación por el Banco Mundial; el Artículo 72 constituye una expresión de la parte final del Artículo 25(1) del CIADI por el cual, una vez las partes hayan dado su consentimiento, ninguna parte puede retirar dicho consentimiento unilateralmente.⁵¹ La última provisión es únicamente una manifestación de la regla de derecho internacional por la cual un acuerdo de arbitraje es autónomo en relación a las otras provisiones de un tratado. En la ausencia del Artículo 72, un Estado anfitrión o el Estado de donde provee el inversionista pudiese nulificar un acuerdo de consentimiento en cualquier momento que le convenga simplemente por el acto de retirarse de la Convención.⁵² El Artículo 72 también se considera una excepción al requerimiento de nacionalidad establecido en el Artículo 25(1) del CIADI.⁵³ En otras palabras, el Artículo 72 no está dirigido a meras ofertas de arbitraje, sino a acuerdos per se. En las palabras de Tietje, Nowrot and Wackernagel, el Artículo 72 es una salvaguarda legal adicional para las cláusulas contractuales de arbitraje.⁵⁴

Puesto de otra manera, lo que determina el Artículo 72 es que si Denunciationland denunciase el CIADI, esas cláusulas de arbitraje de las cuales Denunciationland es parte, o aquellos acuerdos de los cuales un inversionista nacional de Denunciationland es parte, los cuales fueron perfeccionados antes que Denunciationland mandase el notificación de denuncia al World Bank no fuesen afectados por el hecho que luego de la conclusión de tal acuerdo de arbitraje, Denunciationland produjo su notificación de denuncia.

50. *Id.* art. 71.

51. *Id.* art. 25(1).

52. SCHREUER, *supra* nota 14, en 1280.

53. Tietje, *supra* nota 11, en 7.

54. Conforme con Tietje, Nowrot, y Wackernagel, el propósito actual del Artículo 72 de la Convención ICSID es el de fortalecer cláusulas de arbitraje para que estas no sean afectadas en el caso de una denuncia de la Convención del ICSID. *Ver id.* en 17.

Cuando uno interpreta el Artículo 72 del CIADI, trabajos preparatorios son útiles. Durante la reunión del Comité Plenario en Asuntos de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones del 25 de febrero de 1965, el señor Aron Broches indicó que la intención del cuya provisión (que al momento de redacción de la Convención era el Artículo 73) era de poner en claro que si un Estado había consentido al arbitraje, por ejemplo por haber entrado en una cláusula de arbitraje con un inversionista, la denuncia subsecuente del CIADI por ese Estado no lo aliviaría de su obligación de ir a un arbitraje si una disputa surgiese.⁵⁵ Esta indicación sirve como guía al tratar de entender el alcance del Artículo 72. Adicionalmente, puede ser argumentado que el Artículo 71, por establecer el periodo de seis meses, cubre precisamente el caso de ofertas de consentimiento al arbitraje. Además, el CIADI no contempla una prohibición al aceptar ofertas de arbitraje durante el periodo de seis meses del Artículo 71. Por lo tanto, dichas ofertas pueden ser aceptadas dentro de ese periodo de seis meses previsto por el Artículo 71.

VI. UN EJERCICIO ÚTIL DE INTERPRETACIÓN

El ejercicio a continuación, puede ser útil para entender y explicar la interacción entre los Artículos 71 y 72 del CIADI: Primero, hemos de separar las dos partes del Artículo 71. Esto significa retornar a la versión original de las dos provisiones en el Artículo 71 actual, el cual a través de muchos documentos preparatorios del CIADI, termino como dos provisiones separadas.⁵⁶ El resultado sería el siguiente:

- Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo.⁵⁷
- La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.⁵⁸

Seguidamente, si se coloca el Artículo 72 entre las dos provisiones del Artículo 71, el resultado sería el siguiente:

55. WORLD BANK ICSID [BANCO MUNDIAL ICSID], *supra* nota 36, en 1009.

56. *Id.* en 301; ICSID Convention [Convención ICSID], *supra* nota 1 (Referencia, más precisa hecha al Primer Borrador de la Convención del ICSID preparado por el Banco Mundial (Doc. 43) el 11 de Septiembre de 1964, también como al Borrador Revisado de la Convención del ICSID 11 de Diciembre de 1964, preparado por el Comité Legal en Acuerdos de Conflictos de Inversiones (Doc. 123)).

57. Convención ICSID, *supra* nota 1, art. 71.

58. *Id.*

- Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo.⁵⁹
- Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de la norma que antecede no afectaran a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.⁶⁰
- La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.⁶¹

Esta secuencia tiene lógica. Primero, la denuncia está contemplada. Segundo, todo aquello relacionado a las cláusulas de arbitraje o acuerdos vigentes al momento de la denuncia se regula. Finalmente, provee una cláusula de sobrevivencia, típica de los instrumentos de promoción y protección de inversiones en los cuales ofertas del CIADI pueden ser aceptadas. Por lo tanto, el Artículo 72 complementa la parte primera del Artículo 71 pero solo parcialmente.⁶² Es decir, el Artículo 72 no regula el caso de los inversionistas que pudiesen aceptar una oferta de arbitraje por el CIADI durante el periodo de seis meses al que se refiere la segunda parte del Artículo 71. Este supuesto es precisamente lo que regula la segunda parte del Artículo 71 del CIADI.

J. Fouret argumenta que pareciese contrario al principio de buena fe en el derecho internacional que una parte, sabiendo que un Estado ha denunciado al Convenio CIADI, pretenda perfeccionar su consentimiento durante el periodo de seis meses del Artículo 71.⁶³ Es la sumisión de este artículo que la conclusión correcta sería exactamente lo contrario. Es decir, lo que aparenta ser contrario al principio de buena fe es que Denunciationland denuncie el CIADI de un día a otro, afectando negativamente a inversionistas extranjeros quienes invirtieron en Denunciationland cuando las normas existentes al momento de su inversión proveían acceso al arbitraje por el CIADI. Si fuese este el caso, los inversionistas se encontrarían repentinamente privados de un método de resolución de disputas el cual estuvo disponible al momento que realizaron

59. *Id.*

60. *Id.* art. 72.

61. *Id.* art. 71.

62. Para una posición contraria, ver Fouret, *supra* nota 12, en 73–74.

63. *Id.* en 84.

su inversión. Una interpretación de buena fe no puede conducir a este resultado. Por lo tanto, el periodo de seis meses contemplado en el Artículo 71 debe permanecer disponible para aquellos inversionistas quienes deseen aceptar una oferta de arbitraje por el CIADI antes que cuyo periodo caduque.

VII. OTROS PUNTOS DE VISTA

En breve y posiblemente corriendo el riesgo de sobre simplificar, puede ser dicho que el núcleo de los diferentes puntos de vista acerca de la efectividad de la denuncia está en los distintos conceptos de el origen de las provisiones que contempla el arbitraje por el CIADI en los TBIs. Estos puntos de vista difieren entre, por una parte, aquellos que consideran que con la notificación de denuncia el arbitraje del CIADI cesa de ser una opción, y por la otra, aquellos que consideran que el arbitraje por CIADI continua disponible incluso después que el periodo de seis meses contemplado en el Artículo 71 ha caducado, siempre y cuando el lenguaje del TBI respectivo permita tal posibilidad.

Bajo el primer enfoque (o la posición original de Schreuer o del 2001), las expresiones de consentimiento de un Estado al arbitraje del CIADI en TBIs constituyen “ofertas de consentimiento.” Por el contrario, el enfoque alternativo considera las expresiones de consentimiento de un Estado al arbitraje del CIADI en TBIs como “consentimiento” bajo el Artículo 25(1) del CIADI, i.e., un consentimiento que una vez dado, se convierte in irrevocable. Esto es lo que el señor Oscar Garibaldi llama una elección de paradigmas, entre aceptar la teoría de “analogía de contrato” o el punto de vista que un Estado está obligado internacionalmente por su expresión de consentimiento unilateral.⁶⁴ Bajo este ultimo enfoque, la frase “dada por uno de ellos” en el Artículo 72 se refiere a una expresión de consentimiento por el Estado anfitrión la cual permanece sin ser afectada por una notificación bajo el Artículo 71 del Convenio CIADI.⁶⁵

Es el punto de vista del autor que la posibilidad de aceptar ofertas de arbitraje después del vencimiento del periodo de seis meses del Artículo 71 parece demasiado audaz. Sin embargo, los argumentos que apoyan la posición de Garibaldi, Gaillard, Mantilla-Serrano y otros son bastante convincentes. and others are quite convincing. En efecto, este articulo no se dirige a abordar o refutar esta posición. Es suficiente indicar que un profesional diligente debe tener en mente que aparte de esos argumentos solidos, el Secretario General del CIADI pudiese rehusarse a registrar la

64. *Id.* en 255–56 (Garibaldi considera que este tema debe tratarse como una simple elección paradigma la cual es una posición insostenible).

65. *Ver Id.*

solicitud de arbitraje si, a su parecer, la disputa esta claramente fuera de la jurisdicción del CIADI.⁶⁶ Esta es una razón practica que milita en contra de asignar toda esperanza a este ultimo enfoque.

VIII. CONCLUSIÓN

A primera vista aparenta haber una contradicción entre los Artículos 71 y 72 del Convenio CIADI. Conforme al anterior, si un Estado denuncia el Convenio CIADI, continuará siendo Estado Contratante durante los siguientes seis meses. Por lo tanto, pareciera que si un inversionista debería poder aceptar una oferta de consentimiento al CIADI dentro de ese periodo. Sin embargo, una lectura textual del Artículo 72, pareciera que cualquier aceptación de una oferta de consentimiento al CIADI debe ocurrir antes que el depositario reciba la notificación de denuncia. Aún, no hay contradicción entre las dos normativas. Los Artículos 71 y 72 simplemente regulan dos situaciones distintas.

La clave del entendimiento de la interacción entre las dos provisiones es tener en cuenta que el Artículo 72 no prohíbe que los acuerdos de arbitraje del CIADI sean perfeccionados durante el periodo de sobrevivencia de seis meses. Aunque el Artículo 72 se refiere al consentimiento dado antes que la notificación de denuncia sea recibida, esta provisión no proscribe el consentimiento dado subsecuentemente a la recepción de la notificación de denuncia por el depositario. En ningún lugar en el CIADI se encuentra tal prohibición. Además, no hay razón por la cual interpretar el Artículo 72 *a contrario*. Por lo tanto es posible aceptar ofertas de consentimiento al arbitraje del CIADI durante el periodo de sobrevivencia de seis meses. El texto del Artículo 71 refuerza esta conclusión ya que establece que el Convenio CIADI permanece en efecto por seis meses después de la denuncia.

66. Ver Convención ICSID, *supra* nota 1, art. 36(3).

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS LEYES DE REFORMA DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN ARGENTINOS Y ESTADOUNIDENSES Y LAS POLÍTICAS DETRÁS DE LOS CAMBIOS

Alessandra M. Villaraos*

I.	INTRODUCCIÓN.....	529
II.	HISTORIA AMERICANA COMO NARRADA POR SU TELEVISION	530
	A. <i>Poder Policial de la FCC</i>	532
	B. <i>FCC v. Pacífica: Las Siete Palabras Sucias que Traumatizaron a la Juventud Americana</i>	534
	C. <i>Obscenidad, Indecencia y las Inconsistencias</i>	536
	1. <i>Indecencia y Profanidad</i>	536
	a. <i>La Bomba F de Bono</i>	538
	b. <i>El Slip-up del Súper Bowl</i>	539
	2. <i>Obscenidad</i>	541
	3. <i>Inconsistencias</i>	542
	4. <i>¿Y que hay de la Violencia Transmitida?</i>	542
III.	LA HISTORIA ARGENTINA	544
	A. <i>Historia de las leyes de difusión en Argentina</i>	544
	B. <i>AFSCA y la Nueva Ley</i>	546
IV.	CONCLUSIÓN	548

I. INTRODUCCIÓN

Desde que Janet Jackson tuvo un accidente con su vestuario en el medio tiempo del Super Bowl del 2004, exponiendo uno de sus senos por medio segundo a más de ciento cuarenta millones de televidentes, de los cuales siete millones eran niños, la meta de la FCC ha sido prevenir que desastres morales como este, sean presenciados por los jóvenes Americanos.¹ Aunque el escándalo de Janet Jackson no fue el primero y ciertamente tampoco fue el único suceso que causó que la FCC revaluara sus estándar de contenido televisivo, el escándalo del Súper Bowl del 2004 dió inicio a una campaña legislativa contra la indecencia transmitida por

* Candidata de Juris Doctor, 2015, Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center; B.A. Florida International University. Quiero agradecer a mi familia y a Sergio Coronado por su apoyo incondicional y a Sally Ng y el equipo legal de NBCUniversal por inspirarme.

1 B. Chad Bungard, *Indecent Exposure: An Economical Approach to Removing the Boob from the Tube* [Un Enfoque Económico para Remover el Seno de la Pantalla], 13 UCLA ENT. L. REV. 187, 187 (2006).

televisión y en otros medios.² Poco después, el gobierno de los Estados Unidos pasó una legislación que impuso multas más estrictas para las emisoras licenciadas que intencionalmente (o accidentalmente) transmitieran contenido que violara las normas cambiantes de la FCC.³

Similarmente a las drásticas reformas en la leyes de los medios de comunicación Americanos, el gobierno Argentino adoptó en Octubre del 2009, una ley nueva que regularía las transmisiones de televisión por cable, radio, y otros servicios de comunicaciones.⁴ Aunque la motivación detrás de esta reforma de la ley era la descentralización y democratización de los medios de comunicación a través del apoyo a la protección y difusión de la cultura Argentina, la ultimada meta de ambos países es la protección de su juventud. Esta protección, sin embargo, seguramente tendrá como costo la libertad de expresión de los medios de comunicación.

La sección II. A de este artículo examina la historia y evolución de las leyes de los medios de comunicación estadounidenses incluyendo la jurisprudencia y codificaciones de las restricciones que rigen el contenido visto en la televisión. La sección II. B se enfoca en la fluctuación de los estándares por los que los medios de comunicación se deben regir, incluyendo la indecencia, la obscenidad, blasfemia, y la violencia. La sección III. A de este artículo discute la historia del gobierno Argentino, la formación y reforma de las leyes de los medios de comunicación del siglo XX. La sección III. B discute la motivación detrás de la nueva ley y como afectará el futuro de los medios de comunicación Argentinos.

II. HISTORIA AMERICANA COMO NARRADA POR SU TELEVISION

La Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) no fue siempre la agencia federal influyente que es actualmente. El Acto de Comunicaciones de 1934 eliminó a la Comisión Federal de Radio y trasladó la jurisdicción de las licencias de radio a la nueva Comisión Federal de Comunicaciones.⁵ Incluidas en esta transferencia, estuvo la jurisdicción sobre las telecomunicaciones previamente atendidas por la Comisión de Comercio Interestatal.⁶ Así como surgieron nuevas tecnologías de comunicación, también lo hicieron los esfuerzos del Congreso para restringir el contenido

2. Shalom C. Stephens, *Whaten About Broadcast Violence?*[*Que Pasa con la Violencia Transmitida?*], 15 MEDIA L. & POL'Y 57, 57 (2005).

3. *Id.*

4. *Ver generalmente* Ley de Servicio de Comunicación Audiovisual, Ley No. 26.522, 10 de Oct. de 2009, [31756] B.O. 1 (Arg.) [en lo sucesivo Ley Audiovisual]

5. 47 U.S.C. § 151 (1996).

6. *Id.*

y aumentar el poder de la FCC sobre las comunicaciones en los Estados Unidos. La Comisión es responsable por:

Regular el comercio interestatal y extranjero de comunicaciones por cable y radio para así hacerlos disponibles, lo mas posible, a las personas de los Estados Unidos, sin ninguna discriminación basada en raza, o genero, un servicio nacional y mundial de comunicaciones de cable y radio, rápido, eficaz, con facilidades adecuadas y en cargos razonables, para el propósito de la defensa nacional, y la promoción de la seguridad de vida y propiedad a través de las comunicaciones por cable y radio.⁷

La FCC es una agencia gubernamental independiente dirigida por cinco comisionarios los cuales son nombrados por el Presidente y confirmados por el Senado para servir un periodo de cinco años.⁸ La FCC está organizada en siete departamentos, los cuales son responsables por “procesar aplicaciones para licencias y otros documentos, analizar las quejas, realizar investigaciones, desarrollar e implementar programas de regulación, y participar en las audiencias.”⁹

Con el fin de hacer cumplir sus regulaciones, la FCC depende en gran parte en las quejas del público para alertarlos de violaciones de la FCC.¹⁰ Usando el poder que le fue otorgado por el Acta de Comunicaciones, la FCC determina la validez de estas quejas analizando caso por caso.¹¹ Si la instancia reportada es clasificada como obscena o indecente, la Comisión penaliza a aquellos titulares de licencias de la FCC.¹²

Una de las restricciones de la FCC es que no puede violar los derechos de la Primera enmienda en cuanto a la libertad de expresión.¹³

7. *Id.*

8. Jordan Butler, *The FCC in 2010: Seventy-Six Years of Obscenity, Indecency, and Inconsistency* [La FCC en el 2010: Setenta y seis años de Obscenedad, Indecencia, e Inconsistencias], 39 CAP. U. L. REV. 621, 625 (2001).

9. *Id.*

10. Michael J. Cohen, *Have You No Sense of Decency? An Examination of the Effect of Traditional Values and Family-Oriented Organizations on Twenty-First Century Broadcast Indecency Standards* [No Tienen Sentido de la Decencia? Una Examinación de los Efectos de los Valores Tradicionales y las Organizaciones Familiares en los Standards de Indecencia de las Trasmisiones del Siglo Veinte Uno], 30 SETON HALL LEGIS. J. 113, 124–26 (2005).

11. *Id.*

12. *Id.*

13. Robert Valdes, *How Does the FCC Police Obscenity: Enforcing Obscenity Regulations* [Como la FCC Vigila la Obscenedad: Haciendo Cumplir las Regulaciones], HOW STUFF WORKS [COMO FUNCIONAN LAS COSAS] (March 16, 2004), <http://people.howstuffworks.com/fcc-obscenity3.htm> (última visita 29 de Marzo del 2014).

Esto está establecido en la ley de Comunicaciones y es apoyado por los tribunales.¹⁴ Sin embargo, en la mayoría de los casos, la FCC no ha enfrentando este problema de frente.¹⁵ La FCC solo ha regulado los medios de comunicación, por medio de amenazas, multas considerables y revocaciones de licencias.¹⁶ Aunque la FCC impone las suspensiones, esta no es la entidad que hace cumplir las suspensiones ya que tiene la opción de imponer las restricciones por medio de los tribunales.¹⁷ Adicionalmente, la FCC a construido una cláusula elástica en sus pólizas que indica que la obscenidad no esta protegida por la Primera Enmienda, y debido a que la misma FCC define lo que es obsceno, esta a salvo legalmente en la mayoría de los casos.¹⁸

A. Poder Policial de la FCC

Al contrario de la creencia popular, la FCC no monitorea las transmisiones activamente. Por el contrario, las violaciones ejecutadas son basadas en quejas documentadas que son hechas por el publico sobre obscenidad, y material indecente o profano.¹⁹ El personal de la FCC revisa cada queja para determinar si el material en cuestión cae en alguna de las categorías restringidas: obscenidad, indecencia o profanidad.²⁰ Si una de las quejas no justifica una investigación, la Comisión la descarta.²¹ Sin embargo, si se comprueba que una violación ha ocurrido, el personal empieza una investigación, la cual podría incluir una carta de solicitud a la estación que hizo la transmisión.²² La carta de solicitud informa a la estación que una queja ha sido recibida y solicita información adicional sobre la transmisión.²³ Si después de haber recibido una respuesta de la estación, se determina que una violación ha ocurrido, la Comisión manda una Notificación de Responsabilidad Aparente (NAL) a la estación

14. *Id.*

15. *Id.*

16. *Id.*

17. *Id.*

18. Valdes, *supra* nota 13.

19. Butler, *supra* nota 8 en 639.

20. *Obscene, Indecent and Profane Broadcast [Transmisiones Obscenas, Indecentes y Profanas]*, FCC (Enero 14 del 2013), <http://www.fcc.gov/guides/obscenity-indecency-and-profanity> (última visita 29 de Marzo del 2014) [En lo Sucetivo *Transmisiones Obscenas, Indecentes y Profanas*]; Butler, *supra* nota 8 en 639.

21. *Id.*

22. *Id.*

23. *Id.*

transmisora.²⁴ Una Notificación Aparente es un resultado preliminar que una de las leyes de la FCC ha sido violada.²⁵ La estación transmisora tiene la opción de pagar una multa o presentar una oposición a la NAL sosteniendo la razón por la cual la multa no debería ser impuesta o debería ser reducida.²⁶ En la mayoría de los casos, las transmisora simplemente paga la multa.²⁷

El 15 de Junio del 2006, el Presidente George W. Bush firmó la ley de Aplicación de Decencia en las Transmisiones del 2005 (2005 BDEA).²⁸ Esta ley fue patrocinada por el entonces Senador Sam Brownback (ahora Gobernador de Kansas), y ex locutor, y respaldada por el Congresista Fred Upton de Michigan, quien fue autor de una ley similar en la Cámara de Representantes de los Estados Unidos.²⁹ La nueva ley endureció las penalidades por cada violación.³⁰ Actualmente la FCC tiene la capacidad de imponer hasta un máximo de \$500,000 en multas por cada violación tanto a los que tienen licencia como los que no.³¹ La ley incrementó las multas diez veces mas que la multa máxima anterior de \$32,500 por cada violación.³²

Los no licenciados, igualmente que los animadores individuales que violen las leyes de indecencia durante una programación de televisión en vivo, son sujetos a una multa de \$11,000 durante su segunda ofensa.³³ La ley permite que la FCC revoque la licencia de cualquier estación que viole sus leyes pero nunca lo ha hecho por violar el estándar de indecencia.³⁴ Por primera vez en la historia de la FCC, el BDEA del 2005 también hace al entretenedor personalmente responsable por su primera instancia de comportamiento indecente.³⁵ Además del incremento de las penalidades, el BDEA expandió la lista de las condiciones por las cuales la Comisión consideraría imponer una penalidad por violaciones indecentes. La FCC

24. *Id.*

25. Butler, *supra* nota 8 640.

26. *Id.*

27. *Id.*

28. Lili Levi, *The FCC's Regulation of Indecency [Regulacion de Independencia]*, 7 FIRST REPORTS 1, 11 (2008), disponible en http://www.firstamendmentcenter.org/madison/wp-content/uploads/2011/03/FirstReport.Indecency.Levi_final_.pdf (ultima visita 29 de Marzo del 2014).

29. *Id.* en 10.

30. *Ver id.* en 11.

31. Cohen, *supra* nota 10 en 135.

32. *Id.* en 134.

33. *Id.*

34. *Id.*

35. *Id.* en 135.

debe considerar el “grado de culpabilidad, cualquier historial de violaciones anteriores, la habilidad de pagar, y cualquier otro asuntos que la justicia requiera.”³⁶ Durante la evaluación del “grado de culpabilidad,” la legislatura instruye que la FCC considere “si el material circulado por el violador fue en vivo o grabado, con guión o sin guión; si hubo una oportunidad razonable para revisar el programa grabado o el guión; si había un mecanismo de atrasar el tiempo en lugar para la programación en vivo; el tamaño de la audiencia; y si el contenido era considerado programación infantil.”³⁷

B. FCC v. Pacífica: Las Siete Palabras Sucias que Traumatizaron a la Juventud Americana

La indecencia fue en gran medida un problema inexistente en los días iniciales de las transmisiones Estadounidenses. De echo, no hay, ni nunca ha habido una provisión en la ley de Comunicación que prohíbe las transmisiones indecentes.³⁸ Anteriormente la Comisión y las cortes dependían de una provisión en el Código Criminal, que hace un crimen federal la transmisión de materiales “obscenos, indecentes o profanos” por la radio.³⁹ Aunque la FCC tiene prohibido interferir con los derechos de la Primera Enmienda de los medios, la FCC tiene el poder para regular su contenido bajo a el 18 U.S.C. §1464.⁴⁰ La ley no le da a la Comisión la autoridad expresa para imponer sanciones en transmisiones indecentes, pero la FCC y las cortes siempre lo han reconocido por implicación.⁴¹

Aparte de algunos incidentes aislados, los estándares con respecto a la indecencia no comenzaron a cambiar hasta 1978, después del caso *FCC v. Pacífica*, el primero de este tipo frente a la Corte Suprema.⁴² En *Pacífica*, la Corte Suprema definió el poder que la FCC tiene sobre la regulación de material “indecente.”⁴³ La pregunta en controversia en este caso era si la

36. Cohen, *supra* nota 10 en 136.

37. *Id.*

38. Michael Botein & Dariusz Adamski, *The FCC's New Indecency Enforcement Policy and Its European Counterparts: A Cautionary Tale [La Nueva Aplicación de la Póliza de Indecencia de la FCC y las Contrapartes Europeas: Una Historia de Cautela]*, 15 MEDIA L. & POL'Y 7, 9 (2005).

39. *Id.*

40. James C. Hsiung, *Indecent Broadcast: An Assessment of Pacífica's Impact [Transmisiones Indecentes: Un Asesoramiento del Impacto de Pacífica]*, 9 COM. & L. 41, 43 (1987).

41. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 9.

42. *Id.* en 10; *ver también* F.C.C. v. *Pacífica Found.*, 438 U.S. 726 (1978).

43. *Pacífica*, 438 U.S. en 729.

FCC tenía el poder “para regular una transmisión de radio que era indecente pero no obscena.”⁴⁴

Con respecto a este caso, el comediante George Carlin grabó un monólogo de doce minutos frente a una audiencia en vivo titulado “Palabras Sucias,” que se trataba de las siete palabras que no se deben usar en público.⁴⁵ Una estación de radio en Nueva York propiedad de Pacífica, transmitió el monólogo a las dos de la tarde.⁴⁶ La Comisión decidió que Pacífica pudo haber enfrentado sanciones administrativas, y que mientras no había impuesto sanciones formales, el incidente había sido anotado en el expediente de la licencia de Pacífica.⁴⁷ Además, la Comisión también dijo “en el evento de que se reciban quejas posteriores, la comisión en ese caso decidiría si utilizara alguna de las sanciones disponibles otorgadas por el Congreso.”⁴⁸

La Comisión caracterizó el lenguaje utilizado en el monólogo de Carlin como “evidentemente ofensivo,” pero no necesariamente obsceno.⁴⁹ La distinción entre el lenguaje ofensivo y el obsceno es pertinente porque la jurisprudencia de la Primera Enmienda de la Corte Suprema a protegido nada mas el anterior.⁵⁰ Sin embargo, el monólogo fue caracterizado como “indecente.”⁵¹

La Corte sostuvo que la transmisión fue “singularmente penetrante.”⁵² La razón dada por la Corte fue que “debido a que las audiencias de las transmisiones están constantemente escuchando” las advertencias sobre materiales ofensivos eran imposibles.⁵³ La Corte también se concentró en su suposición de que la transmisión era “únicamente accesible a los niños, incluyendo los que eran muy jóvenes para poder leer.”⁵⁴ La Corte decidió que exponer a los niños a la indecencia conduciría al trauma de las mentes

44. *Id.*

45. *Id.*

46. *Id.*

47. *Id.* en 730.

48. *Pacífica*, 438 U.S. en 730.

49. *Id.* en 731.

50. Brian J. Rooder, *Broadcast Indecency Regulation in the Year of the “Wardrobe Malfunction:” Has the FCC Grown Too Big for Its Britches?* [Regulaciones de Transmisiones Indecentes en el año de la Falla del Vestuario: Ha crecido la FCC mucho para sus pantalones?], 74 *FORDHAM L. REV.* 871, 873–74 (2005).

51. *See Pacífica*, 438 U.S. en 738-39.

52. *Id.* en 748.

53. *Id.*

54. *Id.* en 749.

jóvenes inocentes.⁵⁵ La Corte no tomó en consideración el poco tiempo que era necesario para apagar la radio o cambiar el canal, consideró que es la responsabilidad de los padres supervisar el nivel de exposición a los medios de comunicación de sus hijos, o la posibilidad de desarrollos tecnológicos en el futuro.⁵⁶

Pacífica, es particularmente importante porque le otorgó a la Comisión un amplio margen de maniobras para determinar que constituye indecencia y obscenidad en diferentes contextos.⁵⁷ Aunque su decisión fue muy estrecha y por mucho tiempo la FCC solo sancionó las transmisiones de las siete palabras en cuestión en Pacífica, le tomaría treinta años a la Corte Suprema decidir otro caso involucrando el lenguaje obsceno.⁵⁸

C. *Obscenidad, Indecencia y las Inconsistencias*

Bajo la ley federal, cualquier persona que profiera algún lenguaje obsceno, indecente, o profano por medio de la radio puede ser multada, encarcelada por un máximo de dos años, o ambos.⁵⁹ La transmisión de lenguaje profano durante ciertas horas es también una violación de la ley federal.⁶⁰ El Congreso otorgó a la FCC la responsabilidad de ejecutar estas leyes.⁶¹ La FCC puede revocar la licencia de una estación, imponer confiscación monetaria, o emitir una advertencia si una estación transmite materiales obscenos, indecentes, o profanos.⁶² Sin embargo, ninguna ley define que constituye lo obsceno, indecente o profano.

1. Indecencia y Profanidad

En 1987, la Comisión revisitó el estándar de indecencia establecido en Pacífica, el cual sostuvo que el lenguaje indecente involucraba la descripción de órganos o actividades sexuales y excretorios “de manera patentemente ofensiva, según los estándares contemporáneos de la comunidad.”⁶³ Aunque el estándar debe ser evaluado de acuerdo al

55. *Id.*

56. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 12.

57. Butler, *supra* nota 8 en 628.

58. *Id.*

59. 18 U.S.C.A. § 1464 (2013).

60. *Regulation of Obscenity, Indecency, and Profanity*[*Regulación de la Obscenidad, Indecencia, y Profanidad*], FCC (Julio 17 del 2012), <http://transition.fcc.gov/eb/oip/Welcome.html> (última visita 29 de Marzo del 2014).

61. *Id.*

62. *Id.*

63. Butler, *supra* nota 8 en 630.

contexto y no puede ser juzgado en lo abstracto, la FCC decidió no limitarse a la estrecha decisión de *Pacífica*.⁶⁴ La FCC determinó que las siete palabras de *Carlin* ya no eran las únicas palabras que eran indecentes: “Esas palabras particulares son mejor tratadas como ejemplos y no solo como de cómo una lista definida de la clase de palabras que constituyen indecencia.”⁶⁵

Hoy en día, la definición de indecencia es “lenguaje o material que en contexto, representa o describe en términos evidentemente ofensivos, medidos por los estándares comunitarios contemporáneos de los medios difusores, actividades o órganos sexuales y excretorios.”⁶⁶ Las programaciones indecentes contienen material sexual o excretor que es claramente ofensivo pero no llega al nivel de obscenidad.⁶⁷ Siendo el contexto el factor más importante, la FCC analiza tres factores adicionales cuando analiza el material transmitido: (1) Si la descripción o expresión es explícita o gráfica, (2) si el material reside o si describe en detalle órganos sexuales o excretorios, (3) y si el material aparece para complacer o se utiliza para excitar o impresionar.⁶⁸ Además del contexto, ninguno de estos factores son críticos, sino que la Comisión considera y balancea estos factores.⁶⁹

Aunque las cortes han sostenido que el material indecente está protegido por la Primera Enmienda y no puede ser prohibido por completo, este sí puede ser restringido a fin de evitar su emisión durante las horas del día cuando hay un riesgo razonable que los niños pueden estar en la audiencia.⁷⁰

Consistente con una ley federal de indecencia y las decisiones de cortes federales interpretando esta ley, la Comisión adoptó una regla que las transmisiones (de televisión y radio) que están dentro de la definición de indecencia, y que se transmiten entre las 6:00AM y las 10:00 PM, están prohibidas y son sujeto a medidas correctivas de indecencia.⁷¹

“Lenguaje profano” incluye las palabras que son tan ofensivas “que su mera enunciación en el contexto presentado puede equivaler a la

64. *Id.*

65. *Id.* en 631.

66. *Obscene, Indecent and Profane Broadcast [Transmisiones Obscenas, Indecentes y Profanas]*, *supra* nota 20.

67. *Id.*

68. *Butler*, *supra* nota 8 en 631.

69. *Id.* en 632.

70. *Obscene, Indecent and Profane Broadcast [Transmisiones Obscenas, Indecentes y Profanas]*, *supra* nota 20.

71. *Butler*, *supra* nota 8 en 632.

molestia.”⁷² El lenguaje profano como el indecente, está prohibido transmitirlo por radio o televisión entre las horas de las 6:00AM a las 10:00 PM.⁷³ La definición que la FCC utiliza es “lenguaje vulgar y obsceno.”⁷⁴

a. La Bomba F de Bono

En una orden del 2004, la Comisión estableció nuevas definiciones para la “indecencia” y “profanidad” en transmisiones de televisión.⁷⁵ En cuestión estaban las declaraciones de Bono en un programa de la cadena de televisión CBS, después de que recibió el premio de la Asociación de Prensa Globo Dorado por “canción más popular.”⁷⁶ Las palabras en controversia fueron “esto es fucking brillante.”⁷⁷

La FCC decidió que el use de Bono de la palabra F en televisión nacional no fue solo indecente pero también profano.⁷⁸ La decisión sostuvo que las palabras de Bono fueron una “representación” porque tenía una connotación sexual.⁷⁹ Debido al contexto y a la hora del día de la emisión, la palabra F equivalió no solamente a indecencia sino profanidad.⁸⁰ Esto fue “evidentemente ofensivo” por varias razones.⁸¹ En primer lugar “fucking” era una de las descripciones mas vulgares, graficas y explicitas de actividades sexuales en el lenguaje ingles.⁸² En segundo lugar, niños se preveían formar parte del público.⁸³ En tercer lugar, la NBC estaba advertida de la proclividad que tenía Bono por la indecencia.⁸⁴

Históricamente, para que un discurso se considerase profano suponía en el contexto de la blasfemia.⁸⁵ Reconociendo que la Comisión se había previamente negado a imponer responsabilidad sobre usos “aislados o

72. *Id.*

73. *Id.*

74. *Id.*

75. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 19.

76. *Id.*

77. *Id.*

78. *Id.*

79. *Id.*

80. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 19.

81. *Id.*

82. *Id.*

83. *Id.*

84. *Ver* Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 19 (basing its assumptions upon quotations from an entertainment news website)[Basando las asunciones en las cotizaciones indicadas por una pagina Web de noticias de entretenimiento].

85. *Id.* en 20.

fugaces” de la indecencia, Michael Powell, el presidente de la Comisión en ese momento, anuló una línea entera de casos de hace mas de quince años.⁸⁶ La orden del 2004, le dio una advertencia a las transmisoras que el lenguaje profano no se limita a la blasfemia, sino también a la palabra F y otras palabras consideradas muy ofensivas dependiendo en el contexto.⁸⁷ Antes de la orden, La Comisión no hizo claro cuales palabras estaban dentro de la nueva prohibición; una vez mas dejando en confusión el estado de las siete palabras pecaminosas de Carlin y otros.⁸⁸

Al final la FCC no multó a la cadena CBS por la transmisión, razonando que CBS no había tenido notificación suficientemente de antemano de los cambios en la ley.⁸⁹ Sin embargo, los Comisionados Michael Copps y Kevin Martin hubieran podido imponer una multa ya que CBS debía haber sabido la indecencia del material y no hizo esfuerzos suficientes para censurarlo.⁹⁰

b. El Slip-up del Súper Bowl

En términos de multas, la FCC no tomó ninguna acción desde Pacífica, hasta alrededor de diez años mas tarde en 1987.⁹¹ Al principio de la década del 2000, la FCC comenzó a intensificar la censura y la aplicación de las regulaciones de indecencia una vez mas, sobre todo a raíz a la “falla de vestuario” de Janet Jackson que se produjo durante el show de medio tiempo del Súper Bowl XXXVIII.⁹²

En Septiembre del 2004, la FCC emitió una Notificación de Responsabilidad Aparente contra Viacom, Inc., el dueño de las cadenas MTV y NBC, por transmitir un programa con una imagen de medio segundo del seno de Janet Jackson.⁹³ Durante una rutina de baile, mientras Justin Timberlake cantaba “apuesto que te voy a tener desnuda al final de

86. *Id.*

87. *Id.*

88. *Id.*

89. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 19.

90. *Ver* Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 19 (they were not concerned that the technology necessary to establish even a five-minute delay costs hundreds of thousands of dollars per station)[Ellos no estaban preocupados de que la tecnología necesaria para establecer un retraso de cinco minutos costaría cientos miles de dólares por cada estación].

91. *Ver supra* Part II.B.

92. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 21.

93. *Id.* en 20–21.

esta canción,” el removió “una porción del bustier de Janet Jackson,” exponiendo su seno a la cámara por 19/32 de un segundo.⁹⁴

La Comisión consideró que el programa fue indecente bajo el análisis de dos partes de los Globos Dorados.⁹⁵ En primer lugar, sostuvo que la imagen de medio segundo del seno de Janet Jackson era una representación de un “órgano sexual.”⁹⁶ En segundo lugar, sostuvo que había “complacido” a la audiencia, tomando en cuenta que probablemente había niños en la audiencia.⁹⁷

Ambos Jackson y Timberlake declararon que no habían informado a CBS o a MTV de sus planes de “revelar el traje.”⁹⁸ Por lo tanto, ya que no hubo una audiencia probatoria para establecer su credibilidad, el presidente tuvo mucha dificultad en establecer la responsabilidad de Viacom por el material.⁹⁹ A pesar de la falta de evidencia, la Comisión encontró que CBS y MTV “eran consientes de la naturaleza sexual del segmento de Jackson/Timberlake” y sin embargo no tomaron ninguna acción para prevenir la posible indecencia.¹⁰⁰

En retrospectiva, la FCC parecía estar sugiriendo que el fracaso de la emisora para detectar y remediar la indecencia potencial era una base para la responsabilidad.¹⁰¹ Este razonamiento plantea preguntas difíciles con respecto a ambas la responsabilidad y la evidencia.¹⁰² Es fácil construir una inferencia sobre otra, especialmente cuando la Comisión evita tener audiencias probatorias en los casos, y en vez, confía únicamente en los documentos presentados por escrito.¹⁰³ Esta no fue la primera y sin duda no será la última vez que la FCC espera que las trasmisoras anticipen las palabras y las acciones de sus animadores.

94. *Id.* en 21.

95. *Id.*

96. *Id.*

97. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 21.

98. *Id.*

99. *Id.*

100. *Id.*

101. *Id.*

102. Botein & Adamski, *supra* nota 37 en 21.

103. *Id.*

2. Obscenidad

El material obsceno no esta protegido por la Primera Enmienda de la Constitución y no puede ser transmitido en ningún momento.¹⁰⁴ Las restricciones sobre material obsceno fueron establecidas en el caso de *Miller v. California*.¹⁰⁵ Aunque Miller no tuvo nada que ver con violaciones en transmisiones, presentó la base para el estándar de la obscenidad.¹⁰⁶ El caso implicaba la aplicación de una ley criminal estatal de obscenidad con respecto a la venta agresiva de material sexual explícito a los recipientes que no lo querían, y que no tenían ninguna manera de indicar si querían esos materiales.¹⁰⁷ La Corte Suprema reconoció que los estados tienen un interés legítimo en prohibir la diseminación o exhibición de material obsceno cuando lleva consigo un peligro significativo de ofender las sensibilidades de los recipientes que no están dispuestos a ser expuestos a este material y los jóvenes.¹⁰⁸ Es en este contexto fue que la Corte fue llamada a examinar el estándar a usar para identificar el material obsceno el cual puede ser regulado por el estado sin infringir con la Primera Enmienda.¹⁰⁹

Aunque la Corte reconoció los peligros inherentes por la realización de las regulaciones de cualquier forma de expresión, limitó el alcance permisible de dicha regulación a las obras que representan o describen la conducta sexual.¹¹⁰ La Corte estableció una prueba de tres pasos para determinar si el material es obsceno:

- “1) Aplicando estándares contemporáneos una persona promedio, debe encontrar que la obra, tomada por completo, solicita el interés lascivo;
- 2) El material debe representar o describir, en una manera evidentemente ofensiva, conducta sexual específicamente definida por la ley estatal aplicable y
- 3) El material, considerado por completo, debe carecer de valor literario, artístico, político o científico.”¹¹¹

104. *Obscene, Indecent and Profane Broadcast [Transmisiones Obscenas, Indecentes y Profanas]*, *supra* nota 20.

105. *Ver Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

106. *Id.* en 24.

107. *Id.* en 18.

108. *Id.* en 18–19.

109. *Id.* en 19–20.

110. *Miller*, 413 U.S. en 24.

111. *Id.*

La Corte decidió que el sexo y la desnudez no pueden ser mostradas sin límites en películas o fotos ni vendidas en lugares públicos al igual que el sexo y desnudez en vivo.¹¹² Como mínimo, las representaciones o descripciones evidentemente ofensivas, lascivas de conducta sexual tienen que tener un serio valor literario, artístico, político, o científico para merecer protección de la Primera Enmienda.¹¹³ Bajo la decisión del caso, nadie será sujeto a juicio por la venta o exposición de materiales obscenos, a menos que estos materiales presenten o describan evidente conducta sexual “explícita” como definida por la ley estatal regulatoria, como es escrita e interpretada.¹¹⁴ La Corte declaró que los requisitos específicos establecidos proporcionarían aviso justo a un distribuidor que sus actividades públicas y comerciales pueden causar enjuiciamiento.¹¹⁵ Además, si la inhabilidad de definir materiales regulados con la ultimada precisión elimina por completo el poder que los estados o el Congreso tienen para regular; entonces la pornografía “explícita” puede ser mostrada sin límite a los jóvenes, los transeúntes y los adultos consientes por igual.¹¹⁶

3. Inconsistencias

Vale la pena mencionar la inconsistencia entre las definiciones y sus aplicaciones en las tres categorías de restricción de la FCC. El material obsceno, el cual puede ser aparente a simple vista, es definido tan específicamente y limitadamente, y sin embargo su difusión no está permitida en ningún momento. Por otra parte, un término vago como “decencia,” cuya interpretación varía de una persona a otra, es la misma restricción impuesta en las transmisoras de televisión por catorce horas por día. Similarmente, la profanidad es accesible casi en todas partes fuera de la casa y no puede ser bloqueada una vez que ya la oímos, por lo que la casa en sí es el único lugar donde uno tiene control completo sobre lo que se escucha, y aun ahí la FCC tiene jurisdicción.

4. ¿Y que hay de la Violencia Transmitida?

En la ola de preocupación por el contenido sexual en la televisión, poca atención se le ha dado al contenido violento en el mismo medio.¹¹⁷ A pesar de todos los estudios que pretenden vincular los programas de

112. *Id.* en 25–26.

113. *Id.* en 26.

114. *Id.* en 27.

115. *Miller*, 413 U.S. en 27.

116. *Id.* en 28.

117. *Stephens*, *supra* nota 2 en 57.

televisión violentos con la conducta violenta en los niños, la FCC, el Congreso, y el público en general no han hecho nada concreto con respecto a la cantidad de violencia transmitida diariamente por los medios públicos.¹¹⁸ Mientras todo el público estaba consternado por la corta exposición del seno desnudo de Janet Jackson en el amigable y familiar Súper Bowl, el público no pareció ofendido por la sangre de la película Salvar al Soldado Ryan transmitida en horario estelar.¹¹⁹ Pareciera que el gobierno esta mas preocupado por el efecto que tiene en los niños el escuchar la palabra F o ver una parte del cuerpo humano en televisión, que el efecto de ver violencia o la sangre en la guerra.¹²⁰

El primer intento del Congreso para regular la violencia transmitida llego con la sección 551 del Acto de Telecomunicaciones, conocido como “la elección parental de programación de televisión.”¹²¹ Los dos componentes mas importantes de la ley son: 1) el requerimiento de establecer un sistema de clasificación voluntario en las transmisiones publicas y de cable que contengan sexo, violencia, u otros materiales que los padres puedan considerar inapropiados y 2) el establecimiento de un sistema de bloqueo obligatorio para todos los sets de televisión nuevos de mas de trece pulgadas.”¹²²

La clasificación dada a cada programa debe aparecer durante los primeros quince segundos de la transmisión y el chip-v debe ser programable para bloquear esos programas con un rating considerado inaceptable por los padres.¹²³ Un ultimátum fue dado a los proveedores de cable para calificar su contenido.¹²⁴ Hasta este momento la legislación del v-chip es la única ley aprobada por el congreso que afecta el contenido violento en la televisión.¹²⁵

La Ley de Ejecución de Decencia en las Transmisiones del 2004 mantuvo el incremento en las penalidades e incluyó una sección adicional titulada “Protección de los Niños de Programación Violenta.”¹²⁶ Una carta de la Unión de Libertades Civiles Americanas (ACLU) urgió a la oposición de toda la propuesta, indicando que la definición de indecencia de la FCC era vaga y como resultado, los altavoces hablaban a su propio riesgo,

118. *Id.*

119. *Id.* en 58.

120. *Id.*

121. *Id.* en 67.

122. Stephens, *supra* nota 2 en 67.

123. *Id.*

124. *Id.*

125. *Id.* en 68.

126. *Id.* en 69.

haciéndolos adivinar lo que la FCC determinaría como prohibido.¹²⁷ Era mas probable que los altavoces y las emisoras pequeñas permanecieran en silencio, en vez de enfrentar una multa potencialmente ruinosa.¹²⁸ Aunque la propuesta murió en el comité, esta fue revivida en el 2005 sin ninguna de las provisiones relacionadas al contenido violento.¹²⁹

III. LA HISTORIA ARGENTINA

El principio básico de la ley de difusión Argentina es la libertad de prensa.¹³⁰ Esto significa que la prensa puede publicar o transmitir libremente sin censura. Sin embargo, esta libertad impone ciertos limites para la protección de los menores, como permitido en los entandares internacionales.¹³¹ Hay un principio general de ley Argentina que todo lo que es publicado o transmitido no puede infringir en los derechos de otros, y no puede ir en contra de lo que es considerado “moralidad u orden publico.”¹³² La siguiente sección discute la historia de las leyes de transmisión Argentinas y su evolución.

A. *Historia de las leyes de difusión en Argentina*

Antes del golpe de estado militar que se produjo en 1976, el gobierno Peronista, bajo la creencia de que el gobierno debe controlar los medios de comunicación, canceló las licencias de varios canales privados de televisión.¹³³ Además, también confiscó las compañías de producción “en el nombre del interés publico,” e impuso impuestos sobre la publicidad lo cual disminuyó los ingresos de los medios privatizados e incrementó el control del gobierno.¹³⁴ Tras la muerte del presidente Perón en 1974, Argentina entró en una era de anarquía, en la cual las fuerzas armadas organizaron un golpe militar.¹³⁵ Aunque el ejército declaró su creencia en la

127. Stephens, *supra* nota 2 en 69.

128. *Id.*

129. *Id.* en 70.

130. ANDREW B. ULMER, MEDIA, ADVERTISING, & ENTERTAINMENT LAW THROUGHOUT THE WORLD [DERECHO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, PUBLICIDAD Y ENTRETENIMIENTO] § 1:1 (2013 ed.).

131. *Id.*

132. *Id.*; ver también Art. 4, CONSTITUCIÓN NACIONAL [CONST. NAC.] (Arg.).

133. Julieta Grinffiel, *Media Laws in Latin America: A Comparison Between Venezuela and Argentina*[*Leyes de Medios en America Latina: Una Comparación entre Venezuela y Argentina*], 17 L. & BUS. REV. AM. 557, 567 (2011).

134. *Id.*

135. *Id.*

libertad de prensa y la titularidad de los medios privados a los ciudadanos, todavía exigió estricta adherencia a la noción de seguridad nacional Argentina. Esta demanda pronto convirtió a Argentina en un estado de terror. La Junta declaró sentencias de cárcel indefinidas para cualquier medio de comunicación que difundiera información de grupos guerrilleros, así como una pena de diez años de cárcel para miembros de los medios de comunicación que transmitieran información de oposición a las fuerzas armadas o que mencionara el indiferente flagrante de los derechos humanos por parte de las fuerzas armadas.¹³⁶ Esta demanda contribuyó al estado de terror en que se había convertido Argentina.¹³⁷

Aunque la Junta había prometido regresar el control de los canales de televisión al sector privado, no lo hizo, y en lugar los utilizó para ganar "cobertura de noticias favorables y control estricto de la censura."¹³⁸ La Ley de Transmisiones de 1980 también fue promulgada durante el régimen de la Junta. La ley estableció límites propietarios para las estaciones, impidió la propiedad simultánea de televisión y periódico, prohibió la creación de cadenas de televisión nuevas, prohibió la inversión extranjera e impuso múltiples regulaciones de contenido.¹³⁹ En ese momento, la concesión de licencias era la responsabilidad del ejecutivo en casos de transmisiones locales y en las manos del "Comité Federal de Radiodifusión" (COMFER) en casos de servicios complementarios como el de televisión por cable.¹⁴⁰

A finales de 1980, Argentina entró en una nueva era donde el gobierno aflojó su control sobre los medios de comunicación, y se sometió a un proceso de internacionalización.¹⁴¹ Un decreto presidencial de 1991 levantó la prohibición de la creación de los medios nacionales, y eliminó ambas, las restricciones de límites por hora de los anuncios y la restricción a la colocación de productos durante la programación regular.¹⁴² En 1994, la prohibición de las inversiones extranjeras se levantó a través de un tratado con los Estados Unidos.¹⁴³ El incremento de inversiones extranjeras eliminó una carga financiera para Argentina y dió lugar a una programación mas educacional y cultural.¹⁴⁴

136. *Id.*

137. *Id.*

138. Grinffiel, *supra* nota 132 en 658.

139. *Id.*

140. *Id.*

141. *Id.* en 569.

142. Grinffiel, *supra* nota 132 en 659.

143. *Id.*

144. *Id.*

La Ley de Servicios de Comunicaciones Audiovisuales (ACA), fue promulgada en el 2009 y adoptada en el 2010, remplazando la Ley de Transmisiones de 1980.¹⁴⁵ Su propósito no era el control de la programación de los medios de comunicación ni limitar ni sancionar la libertad de expresión, sino de promover el ideal de las éticas.¹⁴⁶ Aunque la ley no establece expresamente como su objetivo la protección de la juventud, esto es implícito por los tonos fundamentales del texto.

B. AFSCA y la Nueva Ley

La contraparte de la FCC en Argentina es la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisuales (AFSCA).¹⁴⁷ AFSCA es una agencia descentralizada creada por el Artículo 10 de la ley numero 26.552 de la ACA, y su función principal es implementar, interpretar y ejercer las nuevas leyes de comunicación.¹⁴⁸ La AFSCA esta a cargo de proveer las licencias de operación para radio y televisión a los proveedores, monitorear la conformidad de las normas, y ejercer las restricciones del contenido transmitido.¹⁴⁹

La nueva ley busca regular “medios de servicio audiovisual rendidos en el territorio Argentino, y el desarrollo de mecanismos destinados a promover la descentralización y competencia próspera con el fin de reducir los costos, democratizar y universalizar el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.”¹⁵⁰

Las principales disposiciones de la nueva ley requieren que las redes de televisión por cable incluyan canales de las universidades, municipalidades y provincias dentro de su área de cobertura de los servicios.¹⁵¹ Además, limita el porcentaje de propietarios extranjeros en las radios locales y las transmisoras de televisión a treinta por ciento, siempre y cuando los propietarios no basados en Argentina no resulten en control directo o indirecto de la compañía.¹⁵²

Una de las provisiones mas importante de la nueva ley es la restricción del contenido en la televisión. De acuerdo a la ley:

145. *Id.*

146. *Id.* en 569–70.

147. *Qué es el AFSCA*, AFSCA, <http://www.afsca.gob.ar/que-es-el-afsca> (última visita Mar. 29, 2014).

148. *Id.*

149. *Id.*

150. *Ver Ley Audiovisual*, *supra* nota 4, art. 1. .

151. *Id.* en art. 1(g).

152. *Id.*

El contenido de las programaciones, los avances y publicidades deben en todos los casos ser clasificados como G desde las 6:00 a las 22:00 y los programas considerados adecuados para adultos solamente, desde las 22:00 a las 6:00. Programas sujetos a guías parentales deben mostrar la clasificación relevante nada mas al principio. Los niños menores de doce años no deben participar en programas transmitidos desde las 22:00 a las 8:00 a menos que esos programas hayan sido grabados fuera de esas horas y una notificación para ese propósito sea mostrada en la pantalla. Las regulaciones establecerán el mínimo numero de horas de producción y transmisión de material audiovisual para niños en canales de televisión abiertos, al menos cincuenta dellos deben de ser de origen nacional, y deben requerir que una advertencia especifica sea mostrada en caso de que información potencialmente perjudicial para los niños es requerida para mostrar durante las horas no reservadas para las audiencias adultas.¹⁵³

El objetivo de esta restricción específica es asegurarse de que los niños tengan acceso a la información y el material de fuentes nacionales e internacionales diversas.¹⁵⁴ Sobre todo, las destinadas a la promoción del bienestar social, espiritual, moral, y la salud física y mental.¹⁵⁵ La ley sugiere que el gobierno Argentino debe a desarrollar las reglas apropiadas para proteger a los niños de la información y el material que puede causar daño a su desarrollo.¹⁵⁶ Sin embargo, ninguno de estos desarrollos a ocurrido. Aunque la ley amenaza con imponer sanciones a las estaciones que no cumplan, cuatro años después estas reglas todavía no existen.

La norma del “bienestar” de los niños Argentinos es aun mas vaga que el estándar de decencia Americana. Conforme a la ley, el contenido de la televisión Argentina debe promover, por dieciséis horas del día, el bienestar social, espiritual, moral, y la salud física y mental de los niños. Esta nueva ley ignora dos factores: 1) mientras intenta incrementar las inversiones extranjeras, el gobierno no esta tomando en consideración cantidad de tecnología, tiempo y labor que le costara a los inversionistas extranjeros para cumplir las leyes tan imprecisas, y 2) el gobierno esta tomando por completo el rol de los padres. En vez de permitir mas contenido variado en la programación del día, el gobierno Argentino esta restringiendo la programación del país entero para que sea apropiada para que un infante de

153. *Id.* en art. 68.

154. *Id.*

155. *Id.*

156. *Id.*

doce años la vea. Fuese más aceptable si estas restricciones fuesen impuestas en la televisión gratuita, pero también están siendo impuestas en los canales de televisión pagados.

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, aunque es aparente que los Estados Unidos y Argentina tiene razones validas para regular el contenido al que su juventud es expuesta, es muy difícil trazar la línea exacta definiendo cual contenido es aceptable y cual no. Ni la misma FCC ha podido crear una definición de indecencia lo suficientemente específica como para notificar a los medios de comunicación de una posible violación. Lo que hace esta regulación aun más difícil es el hecho que el contenido es evaluado basado en el estándar de comunidad contemporáneo. Actualmente existe una regulación de contexto general la cual permite que la FCC tenga discreción al definir indecencia de acuerdo con un estándar que siempre varía. De lo contrario, una regla específica seguramente infringiría en los derechos de la Primera Enmienda que protege a los medios de comunicación. Establecer normas estrictas de lo que es o no decente para propósitos de la televisión es también un asunto de interés público, el cual evoluciona con las nuevas generaciones.

Además, la nueva ley de medios de comunicación en Argentina, aun no alcanza a tener suficiente madurez para poder hacer una critica completa. Aun no ha pasado suficiente tiempo desde que se promulgó la ley para determinar a que medida llegará el gobierno argentino con su poder discrecional. La ley se promulgó bajo el principio básico de libertad de prensa, libertad de ser censurado. Sin embargo, la AFSCA, ha censurado algunos programas examinando caso por caso por los últimos dos años sin introducir algún reporte que presente las directrices a seguir al interpretar el material que estime apto para menores. Sin criterios a seguir para guiar a las compañías de radiodifusión, la AFSCA envía cartas de advertencia a las compañías de radiodifusión individualmente, por programa, luego de la violación de las leyes. Este estándar ha forzado a las compañías de radiodifusión a conformar su programación en base a errores ya cometidos; aprendiendo únicamente en base a sus errores. Antes de poder desarrollar esta área de la ley, en realidad, ambas legislaturas, la americana y la argentina, deben proveer directrices claras que sus agencias respectivas han a seguir al determinar la indecencia de los programas transmitidos, independientemente de la influencia de organizaciones socialmente conservadoras.

INTERNATIONAL LAW STUDENTS ASSOCIATION

THE INTERNATIONAL LAW RESOURCE

- NETWORKING
& EXCHANGE
OPPORTUNITIES**
- EMPLOYMENT
& CAREER
DEVELOPMENT**
- ACADEMIC &
PROFESSIONAL
DEVELOPMENT**



**For additional information
contact the ILSA
Executive Office at
ilsa@ilsa.org.**

AMERICAN BAR ASSOCIATION
SECTION OF INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

<http://www.abanet.org/intlaw/>

The ABA Section of International Law and Practice assists in international policy development, promoting the rule of law, and educating legal practitioners. Since 1933, it has been involved in a wide range of legal activities and international legal issues.

Committees within the Section of International Law and Practice include the following:

Business Transactions & Disputes Division
Business Regulation Division
Comparative Law Division
Public International Law Division
General Division

Along with the International Law Association American Branch, the ABA Section of International Law and Practice co-sponsors the annual ILA Weekend in New York, New York, United States.

Selected ILA Weekend speeches, panel remarks, and other proceedings are published each year in the International Practitioners' Notebook, which is the annual spring issue of the *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Further information about the International Law Association and ILA Weekend is available at <http://www.ambranch.org/>.

Both law students and professionals in the field are welcome in the ABA Section of International Law and Practice. For membership information, visit <http://www.abanet.org/about/membership.html>.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION AMERICAN BRANCH

<http://www.ambranch.org>

The International Law Association (ILA), founded 1873 in Brussels, is a private international organization. It is a non-governmental association with United Nations consultative status. The ILA's biennial conference debates and proceedings have in many cases influenced the decisions of the United Nations General Assembly.

ILA members may belong to one of more than forty national ILA branches. The ILA's Secretary General of the Association maintains an office in London, England, and individual ILA members whose countries do not yet have ILA branches are members of the London "Headquarters." The ILA conducts international law study through committees. Committee members are specialists and prepare biennial conference reports under the supervision of the ILA's Director of Studies.

United States of America ILA Members enter the ILA by joining the Association's American Branch. American Branch members' ILA world conference reports appear in *Proceedings of the American Branch*.

The International Law Association American Branch sponsors the annual ILA Weekend in New York, New York, United States. Selected speeches, panel remarks, and other proceedings from the ILA Weekend are published each year in the International Practitioners' Notebook, the spring issue of the *ILSA Journal of International & Comparative Law*.

More information and an online application for membership in the ILA American Branch are available on the ILA Website at <http://www.ambranch.org/fee.htm>.

INTER-AMERICAN CENTER FOR HUMAN RIGHTS
NOVA SOUTHEASTERN UNIVERSITY, SHEPARD BROAD LAW CENTER
3305 COLLEGE AVE, FORT LAUDERDALE, FL 33314
<http://www.nsulaw.nova.edu/iachr/index.cfm>

The Inter-American Center for Human Rights is a response to the profound need in South Florida for an organization that is committed to furthering the civil and human rights of our diverse communities and people. Recent projects are included on the IACHR website along with links.

BOARD OF DIRECTORS

Prof. Charlene Smith <i>Executive Director</i> NSU Shepard Broad Law Center	Prof. James D. Wilets <i>Chair</i> NSU Shepard Broad Law Center	Prof. Douglas L. Donoho <i>Vice Chair</i> NSU Shepard Broad Law Center
Prof. Michele Struffolino <i>Member</i> NSU Shepard Broad Law Center	Prof. Jane Cross <i>Member</i> NSU Shepard Broad Law Center	Prof. Florence Shu-Acquaye <i>Member</i> NSU Shepard Broad Law Center
Prof. Kathy Cerminara <i>Member</i> NSU Shepard Broad Law Center	Prof. Areto Imoukhuede <i>Member</i> NSU Shepard Broad Law Center	Prof. Timothy Canova <i>Member</i> NSU Shepard Broad Law Center

STUDENT OFFICERS

Samantha Seltzer, *Student Director*
Natasha Shaikh, *Student Director*
Brittany Henderson, *Secretary*
Ricki Frand, *Treasury Chair*
Michelle Suarez, *Public Relations Chair*
Donna McMillan, *Volunteer Coordination Chair*

STUDENT STAFF

Adriana Alvarez	Sandra Perez
Arielle Bishop	Trevor Pusch
Cristina Bosmenier	Valerie Raphael
Devika Carr	Terry Roberts
Christopher Dutton	Kimberly Rogers
Leer Gloger	Chad Rubin
Judith Gorin-Lewis	Amanda Sanichar
Brittany Henderson	Macarena Santos
Matthew Hinds	Julia Sturgill
Jessika Jackson	Mauricio Vaca
Ryan Lipella	Tova Verchow
Scheril Murray- Powell	Anastasia White
Jeannette Oliva-Perez	Krystal Wilkinson



ILSA Journal of International & Comparative Law
NOVA SOUTHEASTERN UNIVERSITY
Shepard Broad Law Center

The *ILSA Journal of International & Comparative Law* is housed at Nova Southeastern University's Shepard Broad Law Center in Fort Lauderdale, Florida, and is an International Law Students Association publication. The *ILSA Journal of International & Comparative Law* publishes three editions every year, including is a compilation of notes, comments, and essays; the International Practitioners' Notebook; and the Bilingual Edition.

Subscriptions: The subscription price is \$30.00 per volume per year for domestic subscribers and \$35.00 per volume per year for foreign subscribers. Subscriptions are renewed automatically unless the subscriber sends a timely notice of termination. All notifications of address changes should include the old and new addresses.

For subscriptions, please cut out the attached coupon and mail to:

Subscriptions Editor
ILSA Journal of International & Comparative Law
Nova Southeastern University, Shepard Broad Law Center
Law Library & Technology Center, Room L112
3305 College Avenue
Ft. Lauderdale, FL 33314
Fax: (954) 262-3830

Name: _____

Address: _____

Payment is enclosed ☐

Bill Me: ☐